Das receptum arbitri

und die Haftung des Schiedsrichters.

Zugleich ein rechtshistorischer Rückblick.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gustav Müser

aus Mülheim a. d. R.

Referendar am kgl. Amtsgericht in Bochum.

ACAD. LEGIS. BIBL.

Approbiert am 27. Januar 1911.

Bochum 1911.

Gedruckt von Adolf Stumpf Nachfolger (Max Kuntze)

240

Referent: Univ.-Prof. Dr. Binder.

Meinen Eltern.

Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters.

Zugleich ein rechtshistorischer Rückblick.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Hauptteil

Die Haftung des Schiedsrichters für Schadensersatz.
Der Schadensersatzanspruch und seine Grundlagen im allgemeinen.

1. Abschnitt.

Quae actio?

I. Allgemeiner Tatbestand. Schadensersatz 4
Vorhandensein, prozessuale Verfolgbarkeit, Art und Inhalt des Schadensersatzanspruchs.
II. Die Voraussetzung des Schadensersatsanspruchs 5

2. Abschnitt.

Die Grundlagen der Haftung des Schiedsrichters.

I. Der Schiedsvertrag im weiteren Sine zerfällt 7
1. in das Verhältnis der Parteien zu einander,
2. in das Verhältnis der Parteien zum Schiedsrichter.
II. Die Haftung des Schiedsrichters betrifft das receptum arbitri 9

II. Hauptteil.

Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters in rechtshistorischer Darstellung.

1. Abschnitt.

Das Fehlen von Bestimmungen des geltenden Rechts; das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters in rechtshistorischer Entwickelung.

I. Römisches Recht.

1. Vorprätorisches Recht 13
2. Prätorisches Recht 22
1. Entstehung und Begriff des receptum arbitri.
A. Die Vertragsparteien:
1. Die Schiedsparteien und ihre Stellung
a) zum Schiedsrichter,
b) zu einander.
2. Der Schiedsrichter.
B. Inhalt der Verpflichtung des Schiedsrichters.

Seite

2. Die rechtliche Natur des receptum:
A. Reiner Parteivertrag.
B. Der Zwang des Prätors und seine Gründe:
1) Klaglosigkeit des receptum,
2) Parteiinteresse und öffentliches Interesse,
3) Grenzen des Zwanges.
C. Die allgemeine Vertragsnatur des receptum.
D. Die Beendigung des receptum.
3. Die Haftung des Schiedsrichters.
4. Das receptum in seinen Beziehungen zu compromissum.
3. Die Reformen Justinians 44
4. Das receptum im bischöflichen Schiedsgericht 45
II. Altes deutsches Recht 47

2. Abschnitt.

Fortsetzung. Neuere Kondifikationen.

I. Gemeines und gemeines preussisches Recht 49
II. Französisches Recht 51
III. Die Haftung des Schiedsrichters: 53
1. Unbeschränkte kontraktliche Haftung,
2. Beschränkte kontraktliche Haftung,
3. Deliktshaftung:
a) Allgemeine Deliktshaftung,
b) Syndikatshaftung.
IV. Artikel 55 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Artikel 14 des Einführungsgesetzes zur Civilprozessordnung. Artikel 2 der Reichsverfassung 57

III. Hauptteil.

Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters nach geltendem Recht.

1. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Receptum.

I. Kein Vertrag? 58
II. Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag? 64
III. Das receptum arbitri als contractus sui generis 66

2. Abschnitt.

Die Haftung des Schiedsrichters.

I. Kontraktliche Haftung 67
II. Deliktische Haftung: 70
1. Allgemeine (§ 823 B. G. B.),
2. Mit Rücksicht auf § 839 B. G. B.: 76
a) Reine Analogie des § 839 B. G. B.,
b) Haftung aus § 839 B. G. B., aber auf kontraktlicher Grundlage.

Literaturverzeichnis.

Altenrath: Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Diss. 1907.
André: Gemeinschaftliche Grundzüge 1. der Schiedsgerichte, 2. des Wasserrechts. Jena 1860.
Arndt: Lehrbuch der Pandekten. 13. Auflage. Stuttgart 1860.
Averdieck: Die Haftung des Schiedsrichters für einen unrichtigen Schiedsspruch nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.
Bornhak: Schiedsverträge und Schiedsgerichte nach geschichtlicher Entwickelung und geltendem Recht. In Band 30 der Zeitschrift für deutschen Civilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band. 2. Auflage. Jena 1899.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. und 2. Band. Tübingen und Leipzig 1902.
v. Daniels: Lehrbuch des gemeinen preussischen Privatrechts. Band 3 und 4. Berlin 1851.
v. Daniels: Handbuch der preussischen Civilrechtspflege. Band 1. Cöln 1839.
Daubenspeck: Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden. Berlin 1883.
Delius: Die Haftpflicht der Beamten. Berlin 1901.
Dernburg: Pandekten. Berlin 1884.
Dernburg: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Berlin 1884.
Donelles: Opera omnia commentariorum de jure civili. Editio florentina. 1846. VI.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. 9. Aufl. Berlin 1903.
Foelix-Demangeat: Droit international. 2. Aufl. 2. Band.
Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. 1. Band. 6. Aufl. Berlin 1892.
Jhering: Geist des römischen Rechts. 3. Aufl.
Gaupp-Stein: Kommentar zur Civilprozessordnung. 9. Aufl. Tübingen 1908.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Band 6. 1. Teil. 1800.
Goldschmidt: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Band 3.
von der Hagen: Ueber den Begriff des compromiss-Vertrages. Im neuen Archiv für preussisches Recht und Verfahren. 1836.
Hayum: Der Schiedsvertrag. Diss. Tübingen 1892.
Huessener: Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. Diss. 1901.
Koch: Preussisches Privatrecht. 3. Aufl. 1857.
von Lindheim: Das Schiedsgericht im modernen Civilprozess. Wien. 3. Aufl. 1894.
von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 15. Aufl. 1905.
von Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.
Matthiass: Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts. Rostock 1888.
Mayer: Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. Diss. Erlangen 1888.
Meltz: Die Beamtenhaftpflicht nach § 939 B. G. B. Leipzig 1904.
Merlin: Recueil de question de droit. Band 5.
Mittermaier: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess etc. Beitr. 2.
Muther: Sequestration und Arrest im römischen Recht. Leipzig 1856.
Neutze: Die rechtliche Stellung des Schiedsrichters. Diss. Rostock 1909.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.
Overesch: Vergleichung der Grundsätze des römischen Rechts über den Schiedsvertrag (compromissum) mit den civilrechtlichen Vorschriften der §§ 851—872 C. P. O. Diss. Göttingen 1891.
Petersen-Anger: Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1901.
Pfeiffer: Ueber Schiedsgerichte. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Neue Folge Band 3, Abhandlung 2.
Planck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Band. 3. Aufl. Berlin 1907.
Puchta: Das Institut der Schiedsrichter. Erlangen 1823.
Rehbein: Entscheidungen des vormaligen preussischen Obertribunals auf dem Gebiete des Civilrechts. Band 2. 1887.
Schlink: Kommentar über die französische C. P. O. Band 3. Coblenz 1843.
Schulte-Westhoff: Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters. Diss. Leipzig 1909.
von Seuffert: Kommentar zur Civilprozessordnung. Band 2. 10. Aufl. 1908.
Simon: du compromis. Paris 1886.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. 1869.
von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gebetzbuch. II. Recht der Schuldverhältnisse. 5./6. Aufl. München 1910.
von Struckmann-Koch: Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 9. Auflage. Berlin 1910.
Sydow-Busch: Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 12. Aufl. 1910.
Titze: In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 57. 1906.
Vering: Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts. 5. Aufl. Mainz 1887.
Weizsäcker: Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis. Tübingen 1879.
Werner: Das Delikt der fahrlässigen Vermögensbeschädigung nach gemeinem Recht und nach B. G. B. Diss. Greifswald 1902.
von Wilmowski-Levy: Kommentar zur Civilprozessordnung. 2. Band. 7 Aufl. Berlin 1897.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Berlin 1906.

Archiv für civilistische Praxis. Band 62 (Aufsatz von Drechsler).
Entscheidungen des Reichsgerichts. Band 41, 53, 57, 59, 65.
Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, herausgegeben von Decker, Dr. Vosswinkel und Heinsius. Band 45.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preussische Recht. Band 1, 16, 31.
Juristische Wochenschrift 1899.
Kritische Vierteljahrsschrift. Band 14, 22, 33 (Aufsätze von Brinz, Kohler und Mitteis).
Motive zum B. G. B. II.
Seuffert's Archiv. Band 25, 38, 54.
Striethorst, Archiv. Band 27, 41.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Band 3. Romanistische Abteilung. Heft 1. (Aufsatz von E. I. Bekker).

Einleitung.

Ulpianus libro XIII ad edictum:
„Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem jurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat."

l. 3 § 1 D. de receptis 4, 8.

Die zahlreichen und unter sich verschiedenen Meinungen, die sich für oder gegen den Nutzen und die praktische Brauchbarkeit und Zweckmässigkeit der Streitentscheidung durch Schiedsrichter ausgesprochen haben, führen zur Begründung der jedesmal vertretenen Ansicht die mannigfachsten Umstände an; aber, mögen sie auch, eine jede für sich, noch so eigenartig sein, so besteht doch bei fast allen in einer Hinsicht eine Gleichheit: sie unterlassen es fast ausschliesslich, zu prüfen, ob nicht auch aus den zwischen den Parteien des Schiedsvertrages und dem Schiedsrichter obwaltenden Beziehungen Gründe dafür oder Bedenken dagegen sich herleiten lassen.

Wenn Puchta[1]) auf Grund ausführlicher und gründlicher Darlegungen zu dem ungünstigen Resultate gekommen ist: „Ich mag also das gerühmte Institut der Schiedsrichter betrachten, wie ich will, so weiss ich ihm keinen schicklichen Platz in unserer Justizpflege, nützlich und erspriesslich für den Zweck derselben, anzuweisen; es nützt entweder nicht zur Beschleunigung der Prozesse, oder es gehet auf Kosten der Gründlichkeit," so hat er ebensowenig dem Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien Rechnung geschenkt wie Mittermaier[2]) es bei seinen Untersuchungen berücksichtigt hat, die in dem Ergebnisse gipfeln, das Institut des Schiedsrichters müsse als eine auf Verhinderung so vieler Prozesse geeignete Einrichtung eher begünstigt als zurückgedrängt werden.

---

[1]) a. a. O. S. 10.
[2]) Mittermaier (der gem. deutsche bürg. Prozeß etc., Beitr. II S. 20).

Und wenn wirklich einmal bei Erwägung der Zweckmässigkeit der schiedsrichterlichen Streitentscheidung das innere Verhältnis zwischen dem Schiedsrichter und den Schiedsparteien herangezogen wird, so geschieht dies nicht um seiner selbst willen, sondern zum Zwecke seiner Gegenüberstellung zu dem Verhältnis des staatlichen Richters zu den Prozessparteien, woraus dann mehr oder minder zu billigende oder zu verwerfende Folgerungen gezogen werden.

Aber nicht nur bei der Ergründung und Bestimmung der praktischen Brauchbarkeit der Schiedsgerichte wird das receptum arbitri nicht oder nicht genügend beachtet; auch diejenigen, welche sich nicht mit Utilitätserwägungen, sondern mit der reinen Rechtswissenschaft des Schiedsvertrages und der sich daran knüpfenden Verhältnisse befassen, würdigen das receptum arbitri nur in geringem Masse, indem sie die Frage, ob und welche rechtlich erheblichen Beziehungen zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien vorhanden sind, bald nur in grösserem Rahmen als weniger wichtig erwähnen, bald nur unvollständig behandeln.

Wir fragen: warum? In der Tat scheint das receptum arbitri in der Gesamtheit der Verhältnisse, die einer Streitentscheidung durch Schiedsrichter zu Grunde liegen, kein Faktor zu sein, dem eine besondere Bedeutung beigelegt werden müsste. Das Milieu, in welchem das receptum sein Dasein hat, weist Bestandteile auf, die unsere Aufmerksamkeit in weit höherem Grade erregen und auf sich lenken, als das Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien: im Vordergrunde steht — äusserlich wenigstens — der Schiedsvertrag zwischen den Parteien; dann strahlt uns der Schiedsspruch in hellem Lichte entgegen. Das receptum arbitri dagegen tritt bescheiden zurück; es wird daher leicht übersehen.

Und doch verdient das receptum eine eingehende Beachtung. Der moderne Staat hat sich seines Monopols auf Rechtsprechung begeben, wenn er die Möglichkeit geschaffen hat, dass neben seinen von dem Mantel seiner Autorität umhüllten eigenen Organen auch Privatpersonen auf Verlangen der Parteien für diese Recht sprechen dürfen, und zwar ein Recht, welches der Staat anerkennt.

Die Person des Schiedsrichters als Rechtsprechers und seine Tätigkeit als solcher ist dem Staate recht belanglos. Für die Parteien ist sie aber alles. Zwischen dem staatlichen Richter und den Parteien besteht kein inneres Verhältnis; zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter dagegen bildet das receptum arbitri ein besonderes Bindemittel, dessen Natur sowohl für den Schiedsrichter als auch für die Parteien, be-

sonders aber für die Parteien, deswegen von grosser Bedeutung sein muss.

Dies zu zeigen, ist der Zweck dieser Abhandlung, welcher durch die Untersuchung der Frage erreicht werden soll, welche rechtliche Natur das Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien hat, und welche Rechte und Pflichten sich für den Schiedsrichter wie für die Parteien daraus ergeben.

I. Hauptteil.

Die Haftung des Schiedsrichters für Schadensersatz.
Der Schadensersatzanspruch im allgemeinen.

1. Abschnitt.

Quae actio?

I. Der Kaufmann K. und der Bauunternehmer B. haben in dem von ihnen abgeschlossenen Bauvertrage die Vereinbarung getroffen, alle bei Ausführung des Baues vorkommenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht erledigen zu lassen. Die beiden Kontrahenten haben sich, als solche Streitigkeiten entstanden, gemäss ihrer Vereinbarung auf den Baumeister S. als Schiedsrichter geeinigt. Dieser gibt auch einen mit Gründen versehenen Schiedsspruch ab, in welchem K. mit allen seinen Forderungen abgewiesen wird.

K. klagt nun gegen den Schiedsrichter auf Schadensersatz mit der Behauptung, dass der Schiedsrichter Bestimmungen des Bauvertrages unberücksichtigt gelassen und bei Abgabe des Schiedsspruchs grobfahrlässig gehandelt habe.

Die Klagebehauptungen sollen als richtig unterstellt werden: ist der Schadensersatzanspruch begründet?

An sich ist ein solcher gegen den Schiedsrichter gerichteter Anspruch vorhanden; er ist ein privatrechtlicher Anspruch, der im Wege des ordentlichen Prozesses nach den Vorschriften der Civilprozessordung verfolgt werden kann, da er seiner Art und seinem Inhalt nach Gegenstand eines Civilprozesses sein kann.

Seiner Art nach stellt das Begehren der gegen den Schiedsrichter klagbar gewordenen Partei einen obligatorischen Anspruch dar, kraft dessen die Partei von dem Schiedsrichter persönlich Schadensersatz verlangt; das ist denn also der Inhalt des Anpruchs.

Wenn dem oben proponierten Tatbestande das Faktum des Schadens beigelegt worden ist, so soll damit nicht gesagt sein, dass sich die Partei nicht auch mit Ansprüchen anderer

Art und anderen Inhalts an den Schiedsrichter wenden könnte; aber es kann nicht verkannt werden, dass der Schadensersatz als Inhalt und Gegenstand der Schiedsrichterhaftung weitaus die Regel bilden wird.

Bei der Berechnung des Schadens wird die mit ihren Forderungen abgewiesene Partei gleichwohl nicht aus diesem Grunde den Ersatz des Schadens verlangen, der ihr dadurch entstanden, dass der Schiedsrichter ihre Forderungen nicht anerkannt hat, sondern vielmehr den Ersatz des ihr durch das Verschulden des Schiedsrichters bei Abgabe des für die abgewiesene Partei ungünstigen Schiedsspruchs zugefügten Schadens.

Die abgewiesene Partei behauptet nicht, der Schiedsrichter habe ihr z. B. den Betrag zusprechen müssen, der dem Geldwerte ihrer von ihr im Schiedsverfahren geltend gemachten Forderungen gegen die andere Partei gleichkommt, sondern sie wird die Höhe des Schadens nach dem Betrage berechnen müssen, der ihr hätte zugesprochen werden müssen, wenn den Schiedsrichter bei seiner entscheidenden Tätigkeit kein Verschulden träfe; diese Berechnungsweise wird den Vorschriften der §§ 249 ff B. G. B. entsprechen, nach welchen der Schadensersatzpflichtige grundsätzlich den Zustand wiederherzustellen hat, der vorhanden wäre, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

II. Wenn ein Anspruch mit rechtlicher Wirkung geltend gemacht werden soll, so müssen seine Voraussetzungen feststehen. Die Anwendung dieser Erwägung auf den Schadensersatzanspruch der Partei gegen den Schiedsrichter weist zunächst auf das Vorhandensein eines Schadens, einer Vermögensbeschädigung hin. „Der Eintritt des Schadens muss, wie Delius[1]) sich ausdrückt, zur juristischen Gewissheit geworden sein und nicht nur im Lichte einer zukünftigen Möglichkeit erscheinen."

Bei dem Nachweise, dass ein Schaden durch die Entscheidung eines Rechtsstreites entstanden sei, ist zu unterscheiden:

Entweder: der Schaden tritt mit der Entscheidung selbst ein; oder: der Schaden tritt in dem Augenblicke ein, in welchem die Entscheidung unanfechtbar geworden ist; oder: der Schaden tritt mit der Vollstreckung der Entscheidung ein.

Für den Schiedsspruch scheiden die beiden letzten Fälle aus, da der Schiedsspruch die Unanfechtbarkeit ohne weiteres in sich trägt; mit dem Schiedsspruch ist also der Eintritt des

---

[1]) Delius S. 51. Meltz a. a. O. S. 29.

Schadens erfolgt, unabwendbar durch rechtliche Mittel, wenn man von den Fällen der Nichtigkeits- und Restitutionsklage absieht.

Auf den Streit der verschiedenen Ansichten darüber, ob erst die Zwangsvollstreckung den Eintritt eines Schadens als erfolgt erscheinen lässt, oder ob schon der Umstand, dass der Gegner einen vollstreckbaren Titel hat, eine Vermögensbeschädigung bedeutet, an dieser Stelle näher einzugehen, liegt keine sachdienliche Veranlassung vor. Mit Rücksicht eben darauf, dass die soeben angedeutete Frage mit dem hier in Erörterung stehenden Rechtsgrunde der Schiedsrichterhaftung schwerlich in einem wesentlichen Zusammenhange steht, brauchte dem allgemeinen Tatbestande der Besitz eines Vollstreckungsurteils, wie es nach der C. P. O. zur Vollstreckung der schiedsrichterlichen Entscheidung erforderlich ist, nicht hinzugefügt zu werden. Wir begnügen uns damit, die tatsächliche Richtigkeit der Behauptung der sich für benachteiligt haltenden Partei, einen Schaden erlitten zu haben, zu unterstellen.

Der Schaden selbst stellt sich als eine Einbusse im Vermögen dar. Diese Vermögenseinbusse wird, wenn wir uns Endemann[1]) anschliessen, „durch den Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Vermögenszustande und der Vermögenshöhe bestimmt, die ohne die schädigende Handlung vorhanden sein würde.“[2])

Hierdurch wird einerseits der Augenblick der Abgabe des Schiedsspruchs durch den Schiedsrichter als die zur Berechnung des Schadens rechtsbedeutsame Zeit angegeben, andererseits werden wir auf eine zweite Voraussetzung des gegen den Schiedsrichter gerichteten Schadensersatzanspruches hingewiesen: auf die schädigende Handlung.

Diese schädigende Handlung des Schiedsrichters kann, je nach Lage des einzelnen Falles, die verschiedensten Erscheinungsformen haben. Ob das schädigende Verhalten des Schiedsrichters ein positives Tun oder ein Unterlassen ist, macht keinen Unterschied. In dem einen Fall tat er etwas, was er nicht tun durfte, im anderen tat er nicht, was er hätte tun müssen. Das Resultat ist in jedem Falle ein unrichtiger Schiedsspruch.

Hat der Schiedsrichter insbesondere die ihm von den Parteien unterbreiteten Grundlagen ausser Acht gelassen, so

---

[1]) Endemann I S. 723.

[2]) Nach v. Liszt, Deliktsobligationen S. 62 Anm. 1: Genauer: Der Unterschied zwischen dem Geldwerte des Vermögens im Augenblicke der Urteilsfällung und dem Geldwerte, den das Vermögen ohne die schädigende Handlung oder Unterlassung gehabt haben würde.

liegt hierin ein Unterlassen; insofern man die Abgabe des infolgedessen unrichtigen Schiedsspruchs ins Auge fasst, stellt sich das Verhalten des Schiedsrichters als ein positives Tun dar: in diesem Falle ist das positive Tun eine Folge jenes Unterlassens.

Aber die schädigende Handlung des Schiedsrichters als solche genügt noch nicht: die Handlung muss schuldhaft sein. Das ist regelmässige Voraussetzung einer jeden Schadenshaftung. Das Einstehen für Schaden unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung auch für Zufall kommt hierbei nicht in Betracht; es handelt sich um ein Verschulden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die einzelnen Schuld- und Haftungsgrade grundsätzlich streng gesondert gehalten; es liegt kein Grund vor zu der Annahme, beim Schiedsrichter könne diese oder jene Abstufung, welche das objektive Recht bei dem Verschuldensbegriffe unterscheidet, nicht vorliegen.

Zu dem Vorhandensein eines Schadens, der schädigenden Handlung und des Verschuldens verlangt die Rechtsordnung noch als weitere Voraussetzung für die Schadenshaftung, dass der Schaden durch die Handlung verursacht ist. Die vom Täter ausgehende Willensbetätigung und der eingetretene Schaden müssen im Verhältnisse von Ursache und Wirkung zu einander stehen. Dieser erforderliche ursächliche Zusammenhang dient dazu, gerade für diesen Handelnden eine Schadenshaftung zu begründen.

Es soll feststehen: der Schiedsrichter hat durch seinen unrichtigen Schiedsspruch das Vermögen der Partei beschädigt: man kann, wenn man der v. Liszt'schen [1]) Definition der Ursache folgt, den unrichtigen Schiedsspruch nicht hinweg denken, ohne dass die Vermögensbeschädigung, so wie sie erfolgt ist, entfallen müsste.

2. Abschnitt.

Die Grundlagen der Haftung des Schiedsrichters.

Auf Grund dieser allgemeinen Erörterung und Umgrenzung des Schadensersatzanspruchs der Partei gegen den Schiedsrichter ist die Frage nach der rechtlichen Begründung der Haftung des Schiedsrichters zu beantworten. Wir haben gesehen, dass der Anspruch privatrechtlicher Natur ist: Daraus ergibt sich von selbst die Frage: auf welchen Rechtssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Haftung des Schiedsrichters zurückzuführen?

[1]) v. Liszt, Lehrbuch § 29.

Eine Schadensersatzpflicht kann zum Rechtsgrund haben
1. einen Vertrag oder
2. ein Gesetz, und zwar
   a) unmittelbar oder
   b) mittelbar, hier wiederum
      aa) innerhalb oder
      bb) ausserhalb eines Schuldverhältnisses.

Diese Gesichtspunkte sollen auch für die Haftung des Schiedsrichters berücksichtigt werden.

I. Wenn man sich nach der Herkunft des geltend gemachten Schadensersatzanspruches umsieht, so hat man sein Augenmerk zunächst auf den Schiedsspruch zu richten. Dieser Schiedsspruch ist vermöge seiner objektiven Unrichtigkeit die tatsächliche Grundlage des Anspruches; auf diese Eigenschaft beruft sich die klagende Partei. Diese objektive Unrichtigkeit steht in engstem Zusammenhang mit einem subjektiven Momente, dem Verschulden des Schiedsrichters: dies sind die Ausgangspunkte der folgenden Untersuchung.

Wir haben also zunächst zu fragen: wodurch ist der Schiedsrichter überhaupt veranlasst worden, einen Schiedsspruch abzugeben? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir auf die Vereinbarung der Parteien über die Einsetzung eines Schiedsrichters zurückgehen. Diese — in den Quellen[1]) compromissum genannt — kann als derjenige Vertrag definiert werden, „durch welchen die vertragschliessenden Parteien ausmachen, dass eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson — Schiedsrichter — oder durch eine Mehrheit von solchen Personen entschieden werden solle.“ [2]) Der Vertrag über die Einsetzung eines Schiedsgerichts ist lediglich zwischen den Schiedsparteien als Kontrahenten geschlossen worden. Hieraus ergibt sich, dass, ebensowenig die um das Recht streitenden Parteien ipso iure verpflichtet sind, ihren Rechtsstreit vor das forum des Schiedsrichters zu tragen, sondern das Schiedsgericht erst durch ihren Vertrag zum Entstehen bringen, auch der Schiedsrichter selbst nicht von selbst, ohne Zutun der Parteien, in dieser Eigenschaft auftritt.

Man wird sich den Vorgang so denken müssen:

Die Parteien sind nach Entstehung der Streitigkeiten in Erfüllung ihrer Vereinbarung an den Schiedsrichter — mag dessen Person schon durch den Schiedsvertrag bestimmt oder erst durch eine besondere Einigung der Parteien gewonnen sein —

---

[1]) l. 1 D. 4,8.

[2]) Diese von Windscheid S. 845 formulierte Definition des compromissum enthält alle wesentlichen Bestandteile. Andere Definitionen vgl. z. B. bei Glück VI S. 72; André S. 3 unter III, 1; Weizsäcker S. 53; Hayum S. 7; Mayer S. 6; Daubenspeck S. 12; Koch, Recht der Forderungen III S. 1127.

herangetreten. haben ihm ihren Streit mit den Unterlagen unterbreitet und ihn ersucht, den Rechtsstreit als Schiedsrichter zu entscheiden. Der Schiedsrichter hat dann in irgend einer Form eine Erklärung abgegeben, welche dem Ersuchen der Parteien entsprochen hat. Daraufhin ist die Abgabe des Schiedsspruches erfolgt. Das wird der tatsächliche Vorgang gewesen sein.

II. Während also der Schiedsrichter mit dem Schiedsvertrage im engeren Sinne, dem compromissum, als solchem nichts zu tun hat, ist es andererseits erforderlich, dass die Privatperson, um Schiedsrichter zu werden, zu den Parteien in bestimmte Beziehungen tritt.

Für die Frage nach der Haftung des Schiedsrichters tritt daher das compromissum zurück; der Schadensersatzanspruch betrifft die Beziehungen der Parteien zum Schiedsrichter, das receptum arbitri.

Und die Ersatz verlangende Partei ist ausschliesslich hierauf angewiesen. Warum die Partei nicht gegen den Schiedsspruch vorgeht, sondern sich an die Person des Schiedsrichters wendet? Nur, weil diesen Verschulden trifft? Nein, der Grund ist ein anderer: der materiell unrichtige Schiedsspruch ist formell richtig, unanfechtbar. Er hat nach § 1040 C. P. O. unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Eine Aenderung des Schiedsspruchs kann nur bei Vorliegen von äusseren Formmängeln (§ 1039 C. P. O.) stattfinden; die einzige Möglichkeit, den Schiedsspruch wegen Verletzung des materiellen Rechts anzufechten, bietet höchstens der Fall des § 1041 I/2 C. P. O. Dieser soll hier ausser Betracht bleiben. Die Partei also, die für den ihr aus dem unrichtigen Schiedsspruch erwachsenen Schaden Ersatz haben will, kann sich nicht an die obsiegende Partei wenden; es wird ihr nichts anderes übrig bleiben, als sich an den Urheber der sie beeinträchtigenden Entscheidung persönlich zu halten, während aus dem Wesen des Schiedsvertrages und des Schiedsspruches folgt, dass die abgewiesene Partei den Sieger weder unmittelbar noch mittelbar in Anspruch nehmen darf: einer solchen Klage ist der ordentliche Rechtsweg verschlossen.

Auf Grund des receptum ist der unrichtige Schiedsspruch abgegeben. Erst, nachdem der Schiedsrichter durch das receptum zu den Parteien in Beziehung getreten, haftet ihm das Verschulden an, welches zur Abgabe des unrichtigen Schiedsspruchs geführt hat. Das receptum ist also der springende Punkt. Hier liegt das Ziel: birgt das receptum einen rechtlichen Vorgang und wenn, welchen?

Alle übrigen Verhältnisse, die im schiedsrichterlichen Verfahren vorkommen, sind im Grunde für die Haftung des Schiedsrichters unerheblich; sie sollen nur insoweit berück-

sichtigt werden, als zur Bestimmung der rechtlichen Natur des receptum ihre Heranziehung sachdienlich erscheint.

Die Aktivlegitimation der gegen den Schiedsrichter auf Schadensersatz klagenden Partei braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden; denn es bedarf keiner Erwähnung, dass als Subjekt des von dem Schiedsrichter durch seinen unrichtigen Schiedsspruch verursachten Schadens nur die beiden Schiedsparteien in Frage kommen können; die Möglichkeit, dass auch Rechte eines Dritten durch den Schiedsspruch, der in diesem Falle nicht einmal unrichtig zu sein braucht, verletzt werden können, kann, wie Averdieck[1]) mit der zutreffenden Begründung, dass anderenfalls der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt, richtig bemerkt, nicht ausgeschlossen werden.

Der Schiedsrichter hat der Partei durch sein Verschulden tatsächlich Schaden zugefügt. Das unmittelbare Rechtsgefühl wird, wenn wir seiner Stimme Gehör schenken, den Schiedsrichter sogleich verantwortlich machen wollen. Die Haftung des Schiedsrichters scheint auch auf den ersten Blick so selbstverständlich gegeben zu sein, dass ein Bedürfnis nach einer eingehenden Begründung nicht vorhanden sei. Aber der Richter darf sich nicht durch solche subjektiven Momente bei seiner Entscheidung leiten lassen; es bedarf auch zur Feststellung der Haftung des Schiedsrichters objektiver Gründe.

---

[1]) a. a. O. S. 29 Anm. 2.

II. Hauptteil.

Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters in rechtshistorischer Darstellung.

1. Abschnitt.

Das Fehlen von Bestimmungen des geltenden Rechts. Römisches und altes deutsches Recht.

Es darf als eine nicht selten betrachtete Erscheinung gelten, dass „unsere Gesetze oft durch Häufung einzelner, anscheinend nach widerstreitenden Grundsätzen entschiedener Fälle den Juristen in Verlegenheit setzen, wenn es sich darum handelt, die Prinzipien eines Rechtsinstituts aus ihnen zu entwickeln.“[1])

Andererseits „finden sich andere Materien so dürftig behandelt, dass ihre vorübergehende Erwähnung kaum einen Anhaltspunkt für die wissenschaftliche oder praktische Bearbeitung gewährt.“[2]) Zu diesen Materien gehört auch die Lehre von der Rechtsstreitentscheidung durch Schiedsrichter.

Die Zivilprozessordnung enthält in ihrem 10. Buche neben formellrechtlichen Bestimmungen über das schiedsrichterliche Verfahren zwar auch materiellrechtliche Vorschriften über den Schiedsvertrag; wenn zudem das receptum arbitri auch erwähnt ist, so vermissen wir jedoch hier wie im Bürgerlichen Gesetzbuch jede Angabe über die Haftung des Schiedsrichters. Das das System unseres materiellen Rechtes umfassende Gesetzbuch erwähnt das Schiedsgericht nur an zwei Stellen, im § 220 im 5. Abschnitt des 1. Buches und in § 1822 im 5. Abschnitt des 4. Buches; aber hier ist von der rechtlichen Natur des compromissum nicht die Rede, während die andere Seite des Geschäftes, das Receptum, nicht einmal erwähnt ist.

---

[1]) v. d. Hagen a. a. O. S. 419.
[2]) v. d. Hagen a. a. O.

Das compromissum hat mit anderen Rechtseinrichtungen das Schicksal teilen müssen, in die Zivilprozessordnung verwiesen zu sein;[1]) dass weder der Schiedsvertrag noch das receptum im Bürgerlichen Gesetzbuche eine besondere materiellrechtliche Regelung gefunden hat, begründen die Motive[2]) folgendermassen:

„Der Entwurf übergeht den Schiedsvertrag und hat ihn „zu übergehen, weil die Vorschriften der C. P. O. „(§ 851—872)[3]) vollkommen genügen. Es bedarf auch „rücksichtlich des Vertrages, welcher die Uebernahme „der schiedsrichterlichen Verpflichtungen zum Gegen„stande hat (sog. receptum), besonderer Bestimmungen „nicht. Nach dem Prinzip des Entwurfs (§ 91) sind „beide Verträge formfrei.“ [4])

Da es für die Entscheidung der Frage nach der Schadenshaftung des Schiedsrichters auf einen rechtlichen Vorgang ankommt, den das geltende Recht nicht ausdrücklich geregelt hat, so erheischt die Begründung des gegen den Schiedsrichter geltend gemachten Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage des receptum notwendigerweise eine solche Feststellung. Da auch in der Literatur nichts weniger als Uebereinstimmung in der Auffassung der Rechtsnatur des receptum herrscht, so bleibt nichts anderes übrig, als auf rechtshistorischem Wege die Entwicklung des receptum zu zeigen und auf diese Weise eine Begriffsbestimmung zu gewinnen. Dass dieser Weg auch im Allgemeinen eine sichere Gewähr bietet für eine richtige Erklärung des rechtlichen Charakters eines schwankenden Begriffes, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden. Und wenn es wahr ist, dass den Entscheidungen des Reichsgerichts eine gewisse Ueberzeugungskraft ihrer Gründe innewohnt, so kann in dritter Linie das Vorbild[5]) unseres höchsten Gerichts angeführt werden, welches in eadem causa auf Grund einer rechtshistorischen Betrachtung des receptum über die Revision entschieden hat.

Es soll daher im folgenden versucht werden, die Haftung des Schiedsrichters in rechtshistorischer Darstellung des receptum arbitri darzulegen, wobei nur die für diesen Zweck wesentlichen Punkte berücksichtigt werden sollen.

---

[1]) Vgl. hierzu Hayum a. a. O. in der Einleitung.
[2]) Motive II S. 657.
[3]) Jetzt §§ 1025—1048.
[4]) Was von dieser Begründung zu halten ist, wird später gezeigt werden.
[5]) E. R. G. 41 S. 251 ff.

I. Römisches Recht.

1. Vorprätorisches Recht.

Die erste feste Gestaltung des receptum arbitri findet sich im klassischen römischen Rechte, welches für das Institut der Schiedsrichter überhaupt die ersten gesetzlichen Normen aufgestellt hat. Den Lebenslauf des receptum in der dieser Zeit vorhergehenden zu erkennen, werden wir daher auf die Entwicklung des Schiedsgerichts verwiesen. Wenn auch die ediktale Regelung dieser Einrichtung durch den Prätor als der sichere geschichtliche Ausgangspunkt gelten muss, so reicht doch die Erkenntnis derselben weit in die vorprätorische Zeit zurück.

Der Gebrauch, entstandene Rechtsstreitigkeiten durch gewillkürte Richter zur Entscheidung zu bringen, hat sich, wie klar erkannt werden kann, aus den Bedürfnissen des praktischen Lebens herausgebildet. Er übertrifft an Alter selbst das staatliche Gerichtswesen. Der Eintritt der Menschen in den gesellschaftlichen Zustand erzeugte auf der einen Seite Rechte, auf der anderen Seite Verbindlichkeiten, „damit aber auch zugleich Verschiedenheiten der Ansichten über deren Dasein und Umfang“ [1]) zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten.

Die einzige Möglichkeit, diese Verschiedenheiten zu beseitigen, war Nachgiebigkeit. Aber dieses Nachgeben konnte verschiedener Art sein: bald war es Entsagung — wenn nur eine der streitenden Parteien nachgab — bald war es Vergleich — wenn beide Parteien sich nachgiebig zeigten —; diesem in beiden Fällen freiwilligem Nachgeben stand ein Nachgeben durch Zwang gegenüber, welches in der Anerkennung überlegener Gewalt des Gegners bestand. Die Ausübung grösserer physischer Kraft durch den Stärkeren und deren Anerkennung durch den Schwächeren zeigte sich als Selbsthilfe. Aber die Kulturepoche, welche dem Uebergang von der Selbsthilfe zur staatlichen Hilfe die Wege vorbereitete, verdrängte diese mit den Bedingungen und Voraussetzungen des gesellschaftlichen Zustandes der Menschen unvereinbare Art des Streites um das Recht.

Aber da sich die widerstreitenden Meinungen über Recht und Unrecht nicht ohne äusseren Einfluss und nicht von sich selbst aus zum Frieden brachten, so blieb auch in der Epoche, „in der die Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsnormen allmählich erstarkte, die allgemeine Missbilligung eines diese Normen verletzenden Verhaltens entsprechend schärfer

[1]) v. Lindheim a. a. O. S. 14, auch zu dem folgenden.

hervortrat und die Wertschätzung des Lebens und der das Leben gewährleistenden Güter sich lebhafter geltend machte" ein Zwang erforderlich, der „die Streitenden bestimmen konnte, vom Streit abzustehen".[1])

Dieser Zwang bestand in der Ausübung höherer moralischer Kraft. Hier steht die Wiege des receptum, wenngleich nicht verkannt werden soll, dass der Ausdruck „receptum arbitri" für diese Zeit natürlich nicht zu gebrauchen ist: die streitenden Parteien wendeten sich an einen Vertrauensmann. Ein unbefangener Dritter, dem Streit der Parteien fernstehend, stellte fest: Du hast Recht, und Du hast Unrecht; indem er sich hierdurch auf die Seite einer der sich widerstrebenden Meinungen stellte, drängte er gewissermassen dem Gegner kraft seiner unter den Rechtsgenossen anerkannten Autorität die Ueberzeugung von dem besseren Rechte des Anderen auf, eine Ueberzeugung, welche jenen zum Nachgeben zwingen musste.

Wie aber, wenn die Unrecht habende Partei fernerhin widerstrebte? Wie wurde dann die Entscheidung des unbefangenen Dritten mit wirksamer Kraft versehen? Wenn hierzu v. Lindheim[2]) meint, dass der Dritte nötigenfalls seine Entscheidung selbst vollstreckte oder selbst durch einen anderen vollstrecken liess, so ist anzunehmen, dass zunächst eine aktive Beteiligung des Dritten dazu nicht erforderlich war. Die Verfolgung des Rechts wird vielmehr wohl zunächst dem Sieger selbst überlassen worden sein. Aber er bekam hierbei nachdrückliche Hilfe. Die von den Rechtsgenossen anerkannte Autorität des Dritten verlieh dem Sieger ein moralisches Uebergewicht, und hierdurch hielt die Feststellung, wer Unrecht hatte, „die Bedeutung, dass der Unterliegende, wenn er sich nicht fügte, noch in höherem Masse das Missfallen der Rechtsgenossen erregte, die nun dem Sieger in der eigenmächtigen Verfolgung seines Rechts beizustehen noch mehr gewillt sein werden."[3])

Zur näheren Charakterisierung der Stellung des unparteiischen Dritten zu den Parteien ist die in Betracht kommende Zeit zu berücksichtigen. In dem Kulturzustande dieser Zeit lag die Entscheidung im Kampfe um das Recht grundsätzlich noch bei der physischen Kraft der Selbsthülfe. Stand in dieser Zeit der Gewaltverhältnisse, der Ueber- und Unterordnung, der den Streit entscheidende Dritte den Streitenden als gewalthabender Oberherr gegenüber, so verliehen die Geltung und das Ansehen, die er bei den Rechtsgenossen als König, Häupt-

[1]) Matthiass a. O. S. 5 und 6.
[2]) v. Lindheim a. a. O. S. 14.
[3]) Matthiass S. 6.

ling oder Priester genoss, dem von ihm gefällten Spruche eine Achtung, welche die Parteien zur Befolgung mahnte. Der Dritte hatte dann auch, besonders dann, wenn er Oberherr dessen war, der als Schuldner in Anspruch genommen wurde, die tatsächliche Macht, seiner Entscheidung Geltung zu verschaffen.

Diese früheste Funktion einer solchen Streitentscheidung scheint aber doch nicht der Ursprung des eigentlichen Schiedsgerichts zu sein. Der Dritte, der den Streit entschied, war den Parteien zwar ein Vertrauensmann, aber er war auch ein Gewalthaber in irgend einer Erscheinungsform. Wenn auch der physische Kampf der streitenden Parteien aufhörte und an seine Stelle ein Kampf der Meinungen trat, so stand doch immer hinter der Entscheidung das persönliche Machtverhältnis, sodass im Gegensatz zu Matthiass[1]) diese nicht als eigentlicher schiedsgerichtlicher Ausgleich zu betrachten ist. Wir haben hier vielmehr, wie v. Lindheim[2]) richtig erkannt hat, „die ausserordentliche richterliche Gewalt in ihrer Entstehung, die erste Idee von Gerichten, die sich natürlich nach volkstümlichen Eigenheiten bald so, bald anders gestalteten."

War die Stellung des den Streit der Parteien entscheidenden Dritten hier als ein Verhältnis der Oberherrschaft über Untergeordnete gekennzeichnet, so ist noch die andere Möglichkeit zu erörtern, nämlich die, dass der den Streit entscheidende Dritte zu den Parteien nicht im Verhältnis der Ueberordnung, sondern auf dem Fusse der Gleichberechtigung stand. In diesem Falle war zur Erzielung der Streitentscheidung naturgemäss dreierlei erforderlich:

1) die Wahl des Dritten auf Grund gegenseitiger Uebereinkunft der Streitenden,
2) das von den Streitenden an den Dritten gerichtete Ersuchen, die Entscheidung zu übernehmen, und
3) die Annahme dieses Ersuchens durch den Dritten.

Hier sind die ersten Anfänge des receptum deutlich zu erkennen. Die genannten Erfordernisse beruhen sämtlich auf dem Umstande, dass der Dritte für die Parteien kein Uebergeordneter war. Es ist einleuchtend, dass der Dritte, der infolge Geburt und Abstammung, Besitz oder auf Grund sonstiger weltlicher oder religiöser Sonderstellung eine tatsächliche Machtstellung zu den Parteien innehatte, die Streitentscheidung in dem Sinne beanspruchte, dass diese Befugnis ein Bestandteil seiner Machtbefugnis war.

Andererseits bestand für die Parteien als die Untergeordneten eine gewisse Verpflichtung, einem übergeordneten Dritten

[1]) a. a. O. S. 6.
[2]) a. a. O. S. 15.

die Streitentscheidung zu überlassen, indem sie hierdurch die Anerkennung ihres Abhängigkeitsverhältnisses zum Ausdruck brachten.

Dazu kam noch, dass die Entscheidung des Streites durch eine in der Gemeinschaft bestehende weltliche oder priesterliche Autorität auch sachliche Vorteile bot: „Der Schiedsrichter besass Rechtskenntnis, Unparteilichkeit, sein Spruch hatte das notwendige Gewicht, der Schiedsrichter selbst verfügte über psychische und physische Machtmittel, um die gutwillige Erfüllung des Spruches zu bewirken oder sie von dem Widerstrebenden zu erzwingen.“ [1])

Wo aber der den Streit erledigende Dritte nicht eine solche Autorität war, mussten die Parteien, um die Vorteile zu haben, welche durch die in der Gemeinschaft vorhandene Autorität ohne Weiteres gewährleistet waren, sich zunächst über die Person des Dritten, die ihnen geeignet schien, einigen. An die Stelle der Autoritätsstellung des Dritten trat ausschliesslich das subjektive Vertrauen der Parteien zu diesem; er war ihnen jetzt kein Machthaber, sondern gleichstehender Vertrauensmann.

Dieser Vereinbarung selbst stand der Dritte aber noch fern. Die Parteien mussten erst den Dritten gewinnen. Weder nahm der Dritte die Streitentscheidung für sich in Anspruch, noch war die Freiheit der Parteien, wem sie die Entscheidung ihrer Sache übertragen wollten, durch andere Umstände als Zweckmässigkeitserwägungen beschränkt. Noch mehr. Der Dritte war nicht verpflichtet, die Entscheidung zu übernehmen. Das einseitige Herangehen der Parteien an den, der ihnen Schiedsrichter sein sollte, genügte noch nicht. Der Dritte musste noch das von den Parteien an ihn gerichtete Ersuchen, den Streit als Schiedsrichter zu entscheiden, annehmen. In diesem Augenblicke sind wechselseitige Beziehungen zwischen Parteien und Schiedsrichter entstanden. Das receptum ist fertig.

Dass in diesem receptum auch eine Wechselseitigkeit der Beziehungen zwischen Schiedsrichter und den Parteien vorhanden war, muss noch gezeigt werden. Hier können die überzeugenden Darlegungen von Matthiass [2]) zugrunde gelegt werden.

Wenn die Streitenden unter Anrufung eines Vertrauensmannes von der Selbsthülfe zunächst zurücktraten, so mussten sie in dem an deren Stelle tretenden Meinungskampfe, dessen Ernsthaftigkeit und ihren guten Glauben an die Sache selbst betätigen und bekräftigen. „Diese Vertretung der eigenen

---

[1]) a. a. O. S. 8.
[2]) a. a. O. S. 8, 9.

Meinung erfolgte," wie mit Matthiass[1]) angenommen werden kann, „zweckmässig durch Einsatz beim Vertrauensmann, den der Unterliegende als Strafe an den Sieger verlieren, der Vertrauensmann aushändigen sollte. Der Sieger erhielt in der Strafe Satisfaktion für die Bestreitung seiner Behauptung." Dieser Einsatz bei dem Vertrauensmanne hatte aber nicht nur für die Parteien Bedeutung. Der Umstand, dass die Parteien den Einsatz bei dem Vertrauensmann deponierten, vermittelte — Matthiass zieht diese Folgerung nicht — weitere Beziehungen zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien, indem er dem schon vorhandenen subjektiven Momente ein reales hinzufügte.

Das Schiedsgericht dieser gebräuchlichsten Form war also ein Wettgericht. Wie nun Matthiass[2]) glaubhaft darlegt, hat im Laufe der Zeit eine Fortentwickelung dahin stattgefunden, dass „im Anschlusse an den Wettvertrag, der mit Rücksicht auf eventuelle Beseitigung der Selbsthülfe und des Kampfes geschlossen wurde, der Kulturzustand und das Bedürfnis der Parteien zu dem Austrag des Meinungskampfes in derjenigen Form, die wir Wette nennen, führte, und diese so gewonnene Form später benutzt werden konnte zur Erledigung auch anderweiter Meinungsdifferenzen."

Dieser Wettvertrag, der nicht wie jener lediglich die Feststellung der Parteibehauptungen zum Gegenstand hatte, sondern auch den dieser Feststellung entsprechenden Zustand herbeiführen sollte,[3]) erfuhr in der Folgezeit eine weitere Entwickelung, welche sich auch auf die von den Parteien eingesetzte Wettsumme erstreckte. Die Fortbildung des Rechts und der staatlichen Hülfe verdrängte die Selbsthülfe der Zeit, in welcher kein forum eines staatlichen Richters bestand. Der alte Meinungskampf war damit hinfällig geworden, und das führte die Notwendigkeit einer Veränderung des ursprünglichen Wesens der Wettsumme herbei. Diese verlor den Zweck, dem Sieger Satisfaktion zu sein; die Parteien wetteten nur, „um das Verhältnis, welches den Gegenstand der Wette bildete, definitiv zu regeln."[4]) Die Folge war: der Einsatz, zu welchem der Schiedsrichter bisher nur in einem für ihn tatsächlichen Verhältnis stand, trat zu ihm in rechtliche Beziehungen. Der Einsatz fiel dem Schiedsrichter als Gebühr zu, als materielles Aequivalent für seine Mühewaltung.

Hier die wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien: der Schiedsrichter fällte den

[1]) a. a. O. S. 6.
[2]) a. a. O. S. 7, 8.
[3]) Matthiass a. a. O.
[4]) Matthiass a. a. O. Seite 9.

Spruch; die Parteien gaben den Einsatz; der Schiedsrichter bekam ihn. Dass auch der Schiedsrichter selbst auf die Gestaltung dieser seiner Beziehungen zu den Parteien einwirkte, hat Matthiass[1]) darin erkannt, „dass bei wachsender Autorität des Schiedsrichters dieser die Wettsumme bestimmte, diese sich modifizierte äusserlich und innerlich durch die treibenden Interessen des Schiedsrichters, die nicht nur egoistische gewesen sein dürften."

Dass der alte Wetteinsatz schon ganz den Charakter einer Entschädigung angenommen hatte, versucht Matthiass a. a. O., zumal mit Rücksicht darauf, dass auch der Einsatz des Siegers an den Schiedsrichter fiel, durch Erscheinungen des indogermanischen Rechts und der römischen pontifikalen Rechtsprechung zu belegen. Doch es scheint, dass die Erörterungen über die Verbreitung der Wette bei den indogermanischen Völkern, und darin ist Brinz[2]) Recht zu geben, mit der Entwickelung des römischen Schiedsgerichts wohl nur in einem losen Zusammenhange stehen, wenngleich sie zur Unterstützung speziell der zuletzt dargelegten Auffassung des Wesens der Wettsumme als einer Gebühr für den Schiedsrichter vorteilhaft herangezogen werden können.

Kräftiger allerdings unterstützen diesen Punkt die Ausführungen Jherings,[3]) dessen die Wettsumme „nur vom Standpunkte der Gebühr, der Entschädigung, respektive Geldquelle für die Pontifices" betrachtende Auffassung durch eine dem Sacramentum ursprünglich zukommende weit tiefere Bedeutung Matthiass[4]) ergänzt wissen will.

Ob das receptum dergestalt, in welcher wir es zuletzt gesehen haben, den Wandel der Zeiten bis zur ediktalen Regelung des schiedsgerichtlichen Instituts unverändert überdauert hat, oder ob die stetig stärker werdende Fortbildung des Rechts nicht ohne Einfluss geblieben ist, entzieht sich unserer Kenntnis; doch ergibt sich aus dem Edikt des Praetors selbst, dass ein im Volksleben praktisch geübtes und entwickeltes Schiedsverfahren vorhanden gewesen sein muss.

Gleichwohl muss mit Rücksicht auf das Fehlen positiver Kenntnis eine gewisse Vorsicht beobachtet werden, wenn man versucht, dem receptum und dem vorpraetorischen Schiedsvertrag eine bestimmte rechtliche Struktur zu geben. Schon die blossen Namen: Schiedsvertrag — compromissum und receptum,

---

[1]) a. a. O. S. 9.
[2]) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 349.
[3]) Geist des römischen Rechts (3. A.) I. S. 297 ff.
[4]) a. a. O. S. 16.

dürfen nicht schlechthin für diese ganze erste Entwickelungsperiode gebraucht werden.

Noch erheblichere Bedenken müssen davor warnen, das receptum dieser Zeit als einen „Vertrag“ zu bezeichnen. Wir begnügen uns damit, im receptum gewisse rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien und dem Vertrauensmanne zu erblicken, die vor der Hand nicht näher qualifizierbar sind.

Wenn nun Matthiass [1]) das Resultat seiner Untersuchungen über das römische Schiedsgericht der vorpraetorischen Zeit dahin verkündet: „Das vorpraetorische Schiedsgericht beruht auf zwei Parteiverträgen, dem Vertrage der Parteien, in dem sie sich verpflichten, sich der sententia eines Vertrauensmannes unterwerfen zu wollen (Sicherstellungsvertrag), und dem Vertrage der Parteien mit dem Vertrauensmann, in welchem dieser die sententia abzugeben verspricht (receptum)“, so ist an dieser Formulierung folgendes zu beanstanden:

Matthiass bezeichnet sowohl die Vereinbarung der Parteien, einem Vertrauensmanne die Entscheidung ihres Streites anheim zu geben, [2]) wie auch die Beziehungen zwischen dem Vertrauensmann und den Parteien, die wir oben Ersuchen seitens der Parteien um Entscheidung des Streits und als eine diesem Ersuchen entsprechende Annahme seitens des Vertrauensmannes ermittelt haben, als „Vertrag“. Diese Bezeichnung steht in Ermangelung einer besonderen Aeusserung der Ansicht des Forschenden von dem Wesen dieses Begriffes, da als eine Vorwegnahme eines im praetorischen Rechte feststehenden Rechtsgebildes.

Es ist anzunehmen, dass schon vor Einführung des praetorischen Zwanges die Sitte schiedsgerichtlicher Rechtsstreitentscheidung vorhanden war, da bekanntermassen die praetorische Rechsbildung an etwas Vorhandenes anknüpfte. Bevor der Praetor aber seine Zwangsverleihung zusagte, kann man dem schiedsrichterlichen Verfahren einen eigentümlichen juristischen Charakter noch nicht beilegen. Zur Zwangszusage sah sich der Praetor erst genötigt, als die sich ausbreitende Sitte eine Sicherung des Verfahrens erforderte. Bis dahin war die einfache Verabredung der Parteien kein besonderer selbständiger Vertrag, und ihr Verhältnis zum Schiedsrichter hatte mehr eine reine Privatgefälligkeit als eine rechtliche Verpflichtung zum Gegenstande.

---

[1]) a. a. O. S. 19.

[2]) Eine Parteiverabredung des Inhalts, sich der sententia eines Vertrauensmannes unterwerfen zu wollen, enthält implicite die Vereinbarung, einem Vertrauensmanne die Streitentscheidung zu übertragen; ob aber diese Vereinbarung inhaltlich auch die enthält, sich der sententia eines Vertrauensmannes zu unterwerfen, berührt uns hier nicht.

Sodann: Matthiass spricht von zwei Parteiverträgen. Es muss davon ausgegangen werden, dass von Verträgen die Rede ist, die in dem — allgemein bezeichnet — schiedsrichterlichen Verfahren stehen. In diesem können naturgemäss als Parteien nur die beiden Schiedsparteien bezeichnet werden. Folgerichtig kann im Schiedsgerichtsverfahren ein Parteivertrag nur ein solcher sein, dem lediglich die Schiedsparteien als Vertragschliessende angehören. Dem receptum aber wird durch die Ausdrucksweise „Parteivertrag“ notwendigerweise ein schiefes Bild beigelegt. Es liegt nämlich nur ein wirklicher Parteivertrag vor. Das ist die unter sich getroffene Vereinbarung der beiden Schiedsparteien, dem Vertrauensmanne die Entscheidung zu übertragen. In dieser kommen nur die beiden Schiedsparteien vor, und zwar getrennt, da sie sich als Kontrahenten gegenüber stehen. Diese Trennung ist trotz der durch das Rechtsverhältnis als solches bedingten Gebundenheit wesentlich für den „Parteivertrag“ im Schiedsrichterinstitut.

Anders beim receptum. In diesem kann für die Schiedsparteien nie eine Trennung bestehen, sondern nur eine Gebundenheit. Und zwar eine doppelte. Die Erfüllung der Vereinbarung, einem Dritten die Streitentscheidung zu übertragen, hat die Schiedsparteien, die sich soeben noch als Kontrahenten gegenüberstanden, und zwischen welchen eben als solchen schon eine gewisse rechtliche Zusammengehörigkeit bestand, nun auch tatsächlich zusammengeführt. Beide Parteien müssen dem Vertrauensmann ihre Sache übertragen: ein Receptum zwischen dem Vertrauensmann und einer Partei ist nicht denkbar. Das ist die eine Gebundenheit der Schiedspartei im receptum; die andere knüpft sich daran an: diese beiden zusammengehörenden Schiedsparteien treten zu einer dritten Person, dem Vertrauensmann, in Beziehungen. In dem receptum steht der Vertrauensmann den beiden Schiedsparteien dagegen nicht in diesem Sinne als Partei gegenüber, sodass man auch von dem receptum als „Parteivertrag“ reden könnte.

Das Edikt des Praetors gibt, wie schon erwähnt, die Möglichkeit, auf das receptum der unmittelbar vorhergehenden Zeit zurückzublicken. Entsprechend der bisher gezeigten Entwickelung und als gewisser Abschluss derselben schliessen sich an die Vereinbarung der Parteien, die immer noch die Form der Wette hat, gewisse wechselseitige Beziehungen zwischen diesen und dem Vertrauensmanne. Beide Erscheinungen haben formelle Selbständigkeit; doch ist wegen ihres gemeinsamen Zweckes, der auf Rechtsstreitentscheidung durch Schiedsspruch zielt, ein enger, sachlicher Zusammenhang unverkennbar.

Die Parteivereinbarung erweiterte allmählich ihren Inhalt durch Aufnahme von Bestimmungen über die Person des Vertrauensmannes, über Ort und Zeit und Einzelheiten in Bezug auf den Streitgegenstand.

Der sachliche Zusammenhang erforderte die Berücksichtigung dieser Erweiterungen auch in dem receptum; war dies nicht geschehen, so waren die Beziehungen zwischen dem Vertrauensmann und den Parteien gegenstandslos geworden.

Eine bestimmte und klare rechtliche Natur des receptum ist noch nicht zu erkennen. Die Vermutungen, die Matthiass[1]) bezüglich der Wahl des Vertrauensmannes ausspricht, betreffen lediglich die Schiedsvereinbarung der Parteien. Den Vorzug verdient die Vermutung, „dass bei der verbreiteten Sitte der Wetten und der dadurch bedingten Häufigkeit des privaten Wettgerichts, dieses für das vorpraetorische Schiedsgericht vorbildlich wurde“,[2]) da sie mit der Entwickelung der Einrichtung zusammenhängt. Sie ist hier erwähnt worden, weil die Beziehungen des Vertrauensmannes zu den Parteien bei der alten Wette in den Beziehungen des Unparteiischen zu den Parteien im vorpraetorischen Schiedsgericht jüngster Gestalt wiederkehren. Freiwillig wurde der Vertrauensmann zum Zwecke der Streitentscheidung tätig. Seinem Verhältnis zu den Parteien entsprang nur eine moralische Verpflichtung, das zu tun, was er durch Annahme des Parteiersuchens zu tun übernommen hatte. Die Parteien hatten kein Mittel, den Vertrauensmann dazu zu zwingen. Gab er den Spruch nicht ab, so mochten sie sich an einen andern oder an das staatliche Gericht wenden. Die Formlosigkeit der Beziehungen des Vertrauensmannes zu den Parteien versagte diesen jegliche Klage auf Erfüllung. Dieses Fehlen eines rechtlichen Zwanges gegen den Vertrauensmann findet auch darin eine Begründung, dass ausser der nackten Annahme des Parteiersuchens keine einen Zwang rechtfertigende Momente berücksichtigt wurden. Insbesondere sah der Praetor in dieser rein privaten Annahme der Streitentscheidung lediglich den Parteien gegenüber keine Uebernahme von Funktionen der öffentlichen Gerichtsbarkeit.

Hiermit hat das receptum in seiner ersten Entwickelungsperiode einen Abschluss erreicht. Bald sollten die einfachen Lebensverhältnisse sich ändern, welche „die idyllische Zeit, wo das Schiedsgericht nur einem Bedürfnisse nach friedlicher Austragung von Uneinigkeiten unter Freunden diente“,[3]) bot; mit ihnen fiel auch das receptum einer durchgreifenden Veränderung anheim.

[1]) a. a. O. S. 20.
[2]) Matthiass a. a. O. S. 20.
[3]) v. Lindheim a. a. O. S. 29.

2. Praetorisches Recht.

Von der Durchbildung, Fortentwickelung und Umgestaltung, welche die Wirksamkeit des Praetors für die verschiedensten Rechtsverhältnisse hervorrief, konnte das Schiedsrichterinstitut nicht ausgeschlossen bleiben. Es war ein im Rechtsleben vorhandenes Gebilde, zu dessen Umbildung allgemeine und besondere Gründe führten.[1])

Obwohl die Vereinbarung der Schiedsparteien, die Streitentscheidung einer Privatperson anheimzugeben, äusserlich, wie es in der Natur der Sache liegt, die Beziehungen des Vertrauensmannes zu den Parteien in den Hintergrund zurücktreten lässt, so brachte doch der erste Eingriff des Praetors auf die ganze Einrichtung für das receptum eine wesentliche Neuerung.

Der Titel 4, 8 D. hat das Schiedsrichterinstitut geregelt, wie es zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft entwickelt war. Die technischen Bezeichnungen für die Schiedsvereinbarung der Parteien und deren Beziehungen zum Vertrauensmann sind compromissum und receptum; der Schiedsrichter selbst heisst arbiter,[2]) seltener arbiter ex compromisso [3]) oder judex compromissarius.[4]) Arbiter[5]) ist der, welcher an etwas herangeht. Dies geschieht auf dem Wege des recipere[6]), welches inhaltlich soviel bedeutet als „durch formlose Willenserklärung (eine Verpflichtung) übernehmen oder auf sich nehmen." Dementsprechend heisst receptum sc. arbitrium[7]): durch formlose Willenserklärung die Fällung eines Schiedsspruchs übernehmen. Die Anwendung des technischen Ausdrucks receptum arbitri auf den Vertrauensmann wird, wie anzunehmen ist, schon in der Zeit vor dem Edikt üblich gewesen sein. Für die Herkunft des Ausdrucks receptum hat Matthiass[8]) auch eine auf die Entwickelung des Instituts zurückgreifende Erklärung gegeben. Seine Vermutung knüpft an die Schiedsvereinbarung der Parteien an. War diese — von Matthiass Sicherstellungsvertrag genannt — ein Strafversprechen, so konnte die poena zweckmässig bei dem arbiter deponiert werden. Hierdurch kam seitens des Vertrauensmannes auch ein recipere rem zustande; es ist durchaus glaubhaft,

---

[1]) vergl. übrigens Muther, Sequestration und Arrest, S. 8 ff., über arbiter und sequester.

[2]) l. 3 § 1; l. 19 pr.; 23 pr. D. h. t.

[3]) l. 13 § 3; l. 50; l. 52 D. h. t.

[4]) l. 41 D. h. t. l. 5 § 2 C. 2, 56: compromissarius ohne Zusatz.

[5]) ad und bitere. S. Muther a. a. O. S. 8.

[6]) Ueberschrift von D. 4, 8 und C. 2, 56: abiter receptum. Es ist vielfach bestritten, ob das recipere eine „formlose" Willenserklärung sei.

[7]) E. J. Bekker in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Band 3, 1. Heft, S. 2 ff.

[8]) a. a. O. S. 21.

„dass der Ausdruck receptum sich ursprünglich und seiner Grundbedeutung entsprechend an diesen im gewöhnlichen Leben auch bei der Wette häufigen Fall anlehnte."

Das receptum des praetorischen Edikts ist ein Vertrag. Das bedarf jedoch näherer Ausführung.

Begrifflich ist das receptum die vertragsmäßige Uebernahme des arbitrium, d. h. der Vertrag, welchen die Schiedsparteien mit dem von ihnen erkorenen Vertrauensmanne mit der Verpflichtung für diesen abschliessen, die Rechtssache des compromissum durch Schiedsspruch zu entscheiden.[1]) Wie die Beziehungen der Schiedsparteien zum Vertrauensmanne vor dem Edikt in keiner bestimmten Form zustande kamen, so wurde auch das receptum arbitri formlos geschlossen.[2]) Das Edikt änderte nichts daran.

Der Begriff des receptum erfordert zunächst Vertragsparteien. Hierzu gehören also auf der einen Seite die Schiedsparteien, deren Fähigkeit, im receptum Vertragspartei zu sein, eigentlich schon durch den Ausdruck selbst angegeben wird. Wer Partei eines compromissum sein kann,[3]) hat auch die Fähigkeit, ein receptum abzuschliessen. Die Schiedsparteien sind es, welche zur Entstehung des receptum zuerst tätig werden. Sie haben einen Rechtsstreit; sie wollen diesen unter Umgehung der staatlichen Gerichte durch einen Vertrauensmann entscheiden lassen. Ueber die Person des Vertrauensmannes herrscht Einverständnis. Das compromissum ist gültig. Nun treten sie an den Vertrauensmann heran mit dem Ersuchen, die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsspruch zu übernehmen.

Warum Mayer[4]) verlangt, dass die Parteien des compromissum ausserdem die Willenserklärung des Dritten, dass er die durch das Compromiss bezeichnete Rechtssache untersuchen und entscheiden wolle, annehmen müssten, ist nicht ersichtlich. Der Dritte kann doch erst durch das Ersuchen der Schiedsparteien veranlasst worden sein, eine diesem Ersuchen entsprechende Willenserklärung abzugeben. Damit ist das receptum entstanden. Die Annahme dieser Willenserklärung

---

[1]) Andere Definitionen bei Mayer a. a. O. S. 50; Overesch a. a. O. S. 45. Matthiass a. a. O. S. 21: „Im receptum liegt vertragsmässige Uebernahme des arbitrium, d. h. der Fällung eines Urteils auf Grund der mit dem Inhalte des compromissum übereinstimmenden Parteipropositionen." Matthiass sagt „Urteil": Den Römern war aber der Schiedsrichter nichts weniger als ein Richter, und seine sententia nichts weniger als ein Urteil. Hierzu v. Lindheim a. a. O. S. 26 ff., A. M. Weizsäcker a. a. O. S. 62.

[2]) War das receptum ein Formalakt? Bekker a. a. O. S. 1 ff.

[3]) Weizsäcker a. a. O. S. 31 ff.; Mayer a. a. O. S. 13 ff.; Matthiass a. a. O. S. 44 ff.

[4]) a. a. O. S. 51; vergl. ferner R. G. Bd. 59 S. 252 (Annahme des Parteiangebots).

seitens der Parteien ist daher überflüssig; sie zu einem Begriffserfordernis des receptum zu erheben, liegt kein Bedürfnis vor, ist auch ohne Angabe von Gründen nicht verständlich.

Die Schiedsparteien stehen als Vertragspartei des receptum geschlossen da. Das receptum enthält die Beziehungen des Schiedsrichters zu beiden Schiedsparteien.[1]) Eine Partei kann allein kein receptum eingehen. Hieraus folgt, dass aus dem receptum für die eine Schiedspartei Verpflichtungen gegenüber der anderen Schiedspartei nicht hervorgehen können. Die gegenseitigen Verpflichtungen der Schiedsparteien untereinander beruhen lediglich auf dem compromissum.

Die im compromissum liegende gegenseitige Verpflichtung des sententia stari[2]) konnte im klassischen römischen Recht durch direkte Vereinbarung, pactum oder stipulatio, nicht durch Schiedsvertrag gewährleistet werden. Diese Verpflichtung wird vielmehr nur indirekt durch das Versprechen einer poena erzielt, welche die Funktion hatte, die eine Schiedspartei der anderen gegenüber zur Herbeiführung der sententia und beide Schiedsparteien zum Gehorsam ihr gegenüber zu veranlassen.[3]) Diese stipulatio poenae berührt aber das receptum keineswegs.

Die Ansicht Weizsäckers[4]): „Es musste die eine Partei gegenüber der anderen und sie mussten beide dem Schiedsrichter gegenüber zur Anerkennung des Schiedsgerichts verpflichtet sein," ist daher nur teilweise richtig. Eine Verpflichtung der Schiedsparteien, die sententia zu befolgen, besteht dem Schiedsrichter gegenüber nicht. Das compromissum enthält eine solche Verpflichtung nicht. Die im compromissum liegende Hauptpflicht der Parteien, untereinander der sententia arbitri Folge zu leisten, ist etwas ganz anderes. Das compromissum ist ein Vertrag, der lediglich zwischen den beiden Schiedsparteien obligatorische Beziehungen entstehen lässt.

Aber auch das receptum begründet keine Gebundenheit der Parteien dem arbiter gegenüber, dessen sententia anzuerkennen. Ob die Parteien den von ihm gefällten Schiedsspruch befolgen oder nicht, ist dem arbiter gleichgültig; das ist interne Angelegenheit der Parteien. Welches Interesse hat der Schiedsrichter, „die Garantie zu finden, dass er nicht leere Worte in den Wind redet, dass seine Befehle befolgt werden?"[5]) Gewiss ist das auch ein wichtiger Zweck der stipulatio poenae; aber es ist doch stets zu bedenken, dass die Parteien weder einzeln noch zusammen nicht dem arbiter die Strafe versprechen,

---

[1]) vgl. oben.
[2]) l. 27 § 7, D. h. t.
[3]) Hierzu Altenrath a. a. O. S. 17 f.
[4]) a. a. O. S. 54.
[5]) a. a. O. S. 68.

sondern sich selbst gegenseitig. Dieser Zweck der Pönalstipulation ist reines Parteiinteresse.

In diesem Sinne fassen ihn auch die Quellen auf. Da die stipulatio poenae nur unter den Schiedsparteien bestand, konnte sie nur die eine der anderen gegenüber veranlassen, den Schiedsspruch anzuerkennen und zu befolgen.

War den Parteien hiermit nur indirekt die Möglichkeit gegeben, sich zur Befolgung der sententia zu verpflichten,[1]) so verfügte der arbiter über gar keine Zwangsmittel gegen die Parteien auf Befolgung der sententia, weder über direkte noch über indirekte.

Die l. 39 pr. D. h. t. ist zum Beweise des Gegenteils ungeeignet:

Javolenus libro XI ex Cassio:

„Non ex omnibus causis, ex quibus arbitri pars tum sententiae non est, poena ex compromisso compromittitur, sed ex his dumtaxat, quae ad solutionem pecuniae aut operam praebendam pertinent. Idem[2]) contumatiam litigatoris arbiter punire poterit pecuniam eum adversario dare iubendo: quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt."

Wollte man aus dieser Stelle eine Machtbefugnis des arbiter herleiten, die Parteien zur Befolgung der sententia zu zwingen, so müsste dem Ausdruck sententia vor allem die Uebersetzung „Schiedsspruch" zu teil werden. Ob aber die sententia der schiedsrichterliche iussus ist, von welchem Matthiass[3]) behauptet, es handele sich in dem Schlusssatze der genannten Stelle „um eine das Verfahren leitende Verfügung, nicht um den streitigen Rechtsanspruch selbst," und auch für den ersten Satz diese Bedeutung hat, ist sehr fraglich.[4])

Aber auch sachlich lässt sich ein Nachweis auf Grund dieser lex nicht führen. Das punire poterit pecuniam eum adversario dare iubendo bedeutet lediglich, wie Matthiass und Weizsäcker übereinstimmend ausführen,[5]) die Verurteilung einer

---

[1]) Matthiass a. a. O, S. 30 f. Altenrath a. a. O. S. 17—23.

[2]) Item?

[3]) a. a. O. S. 83.

[4]) Auch Weizsäcker a. a. O. S. 68 will diese sententia allgemein als Befehl übersetzt wissen.

[5]) Gegen Weizsäcker weist Matthiass auf Grund der l. 42 D. h. t. (Papinianus libro II Responsorum:

Arbiter intra certum diem servos restitui jussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: Ob eam sententiam fisco nihil adquiritur, sed nihilo minus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum) nach, dass die Nichtbefolgung des blossen Restitutionsbefehls zur Verwirkung der poena compromissi ausreicht; ferner gegen Brinz (Krit. Viertelj. Bd. 22 S. 197), der irrtümlich von l. 29 (statt 39) spricht, und Kohler, ebenda S. 471. Auch Mayer a. a. O. S. 80

dem Restitutions- oder Exhibitionsbefehl des arbiter nicht gehorchenden Partei auf eine arbiträre Geldsumme, und auf die in diesem Ungehorsam liegende contumatia litigatoris bezieht sich das punire poterit, nicht auf die poena compromissi.

Die Verpflichtung der Parteien, was zum Zustandekommen der sententia erforderlich ist, zu tun, und zu unterlassen, was zur Vereitelung dieses Zweckes führen könnte, ist nicht Wirkung des receptum, sondern ergibt sich aus dem compromissum.[1])

Den Schiedsparteien steht im receptum der Schiedsrichter gegenüber.[2]) Da für niemanden eine gesetzliche Verpflichtung besteht zur Annahme der schiedsrichterlichen Entscheidung eines fremden Rechtsstreits — neminem praetor cogat —, so bedarf es seitens des Schiedsrichters dazu eines besonderen Verpflichtungsaktes, welcher seiner freien Entschliessung anheimgegeben ist; was er übernimmt, ist kein officium publicum, welches unter gewissen Voraussetzungen angenommen werden muss. Gänzlich verschieden von der Frage nach der Fähigkeit einer Privatperson, Schiedsrichter zu sein, ist die Frage nach der Fähigkeit, sich durch das receptum verpflichten zu können. Diese Frage muss nach den allgemeinen Rechtssätzen über die obligatorische Verpflichtungsfähigkeit beantwortet werden. Schiedsrichter ist demnach die Privatperson, welche sich den Parteien eines Schiedsvertrages rechtsgültig verpflichtet hat, deren Rechtsstreit auf Grund dieses Vertrages durch Schiedsspruch zu entscheiden. Der Inhalt der Verpflichtung ergibt sich daher nicht nur aus dem receptum; der Schiedsrichter übernimmt die Untersuchung und Entscheidung auf der Grundlage des compromissum. Des näheren:

Der Schiedsrichter soll die unter den Parteien streitigen Verhältnisse nicht nur regeln; auch blosse Raterteilung genügt nicht. Sein Ausspruch muss vielmehr eine Entscheidung sein. Und diese Entscheidung muss bestimmte Eigenschaften haben. Ein Schiedsrichter, dessen Schiedsspruch sich über den wahren Streitpunkt in Unbestimmtheit[3]) hüllt, hat seine Pflicht ebensowenig erfüllt, wie der, welcher eine unvollständige Entscheidung liefert, sei es, dass er einen Streitpunkt an sich

---

entnimmt aus der l. 42 D. h. t. die der Ansicht Weizsäckers entgegengesetzte Bestimmung und gibt für seine Behauptung, dass der schiedsrichterliche Befehl, dessen Nichtbefolgung in l. 42 den Verfall der poena bewirkt, kein Restitutionsbefehl, sondern bereits der Schiedsspruch selbst sei, eine annehmbare Begründung; diese Frage hat Matthiass a. a. O. nicht berücksichtigt.

[1]) vgl. l. 27 § 4; l. 21 § 9 D. h. t.; l. 2 C. h. t. Ferner l. 27 § 6 D. h. t. Dazu Weizsäcker a. a. O. S. 60.

[2]) Ueber die Fähigkeit, Schiedsrichter zu sein: Mayer a. a. O. S. 53 ff.; Overesch a. a. O. S. 14 ff.; Weizsäcker a. a. O. S. 6 ff.; Matthiass a. a. O. S. 48 ff.; v. d. Hagen a. a. O. S. 458 ff.

[3]) l. 13 § 2; l. 21 § 3; l. 32 § 16 D. h. t.

vollständig entscheidet, sei es, dass er nur einen streitigen Punkt von mehreren erledigt, über die er insgesamt zu entscheiden hatte. Hier liegt eine Entscheidung weder im Sinne des compromissum noch des receptum vor.[1]) Die aus dem Grunde unvollständige Entscheidung, dass die Parteien dem Schiedsichter die Grundlagen zum Teil vorenthalten, ist jedoch giltig.[2])

Der Schiedsrichter soll eine Entscheidung geben, die aus seinem eigenen, freien, aber selbständigen Ermessen hervorgeht; diese libera facultas sententiae arbitri ist für die Gültigkeit des receptum von grosser Bedeutung. Der arbiter darf sich einerseits aus eigenem Entschlusse bei anderen Personen Rat holen und sachdienliche Erkundigungen einziehen, welche jene Selbständigkeit nur dann negieren, wenn das compromissum oder das receptum die Zuziehung dritter Personen ausgeschlossen hatte; andererseits aber lässt die in diesen Verträgen ausgesprochene Aufhebung der Selbständigkeit zwischen den Parteien und ihrem Vertrauensmanne überhaupt kein receptum zustande kommen.[3]) Der Vertrauensmann ist gar kein arbiter, sein Ausspruch keine sententia, und der praetor versagt den Zwang:[4]) zu weit gehende Beschränkungen des arbiter in der Freiheit seiner Entscheidung ziehen als Strafe die Nichtigkeit des receptum nach sich, da Wesen und Zweck der sententia den Parteidispositionen gewisse Schranken setzen.[5])

Die Uebernahme der Entscheidung auf Grund des compromissum verpflichtet den arbiter, diese über die Sache selbst zu fällen, welche Gegenstand des im compromissum oder receptum bezeichneten streitigen Rechtsverhältnisses ist. Ueber die sachliche Competenz des arbiter enthalten die Quellen nichts Bestimmtes. Sie geben nur Auslegungsregeln.[6]) Während, wie oben erwähnt, die Unvollständigkeit einer schiedsrichterlichen Entscheidung regelmässig der sententia zum Schaden gereicht, wird deren Giltigkeit, wenn sie die Bestimmungen des compromissum oder des receptum überschreitet

---

[1]) l. 21, pc. D. h. t.

[2]) l. 43 D. h. t.

[3]) Matthiass a. a. O. S. 85.

[4]) Vgl. den Grundsatz der Selbständigkeit des arbiter in l. 17 § 3 D. h. t. „Inde Pomponius libro XXXIII quaerit, si ita sit compromissum, ut quod Sitio disceptatori placet, id Seius pronuntiet, quis sit cogendus? Et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura."

[5]) l. 19 pr. D. h. t. Den Ausführungen von Matthiass a. a. O. S. 86 hierzu und zu l. 17 § 3 D. h. t. ist zuzustimmen; warum sollen aber die Parteibestimmungen, welche die Selbständigkeit des arbiter ausschliessen, nicht unter das comprom.-recept. „im eigentlichen Sinne fallen?

[6]) l. 46; l. 39 in initio, D. h. t.

oder ein ganz anderes Rechtsverhältnis entscheidet, nicht berührt. Sententia und iussus mit solcher Grenzüberschreitung sind ohne Belang.[1])

Die Frage, ob und welche rechtlichen Beziehungen die Uebernahme der schiedsrichterlichen Entscheidung zwischen den Beteiligten hervorruft, ist für das römische Recht verschieden beantwortet worden.

Es ist gezeigt worden, dass das receptum des vorpraetorischen Rechts nur eine moralische Verpflichtung für den Schiedsrichter enthielt. Die ursprünglichen Veranlassungen, welche die Parteien bewegen mochten, ihren Rechtsstreit unter Umgehung der staatlichen Gerichte durch einen Vertrauensmann entscheiden zu lassen, können diese Erscheinung erklären. Wenn die Parteien dem Schiedsrichter vor den staatlichen Gerichten den Vorzug geben, so ist dies nichts weniger als eine Misstrauenskundgebung für diese. Bei den einfachen Lebensverhältnissen, insbesondere bei den Landleuten, und den im übrigen zwischen den Parteien bestehenden Beziehungen der Freundschaft ist die Uebertragung der Streitsache einem ihnen fremden staatlichen Richter in ihren Augen etwas, was auch die Parteien unter sich entfremdet hätte. Und eine Entfremdung soll gerade vermieden werden. Wenn zwei befreundete Nachbarn einmal über ein Grundstück uneinig waren, wem es gehöre, so war wohl das erste, was sie sagten: „Was brauchen wir guten Freunde eine Intervention des Staates und seiner Gewaltmittel; wir wollen lieber die Sache in Güte austragen.“ [2]) Konnten sie dies nicht, so wurde der dritte Nachbar darum ersucht. Dieser Vorgang gibt eine ganz natürliche Erklärung des Verhältnisses der Parteien zu ihrem Vertrauensmann. Der Zweck, durch gütliche Austragung jede Gewalt zu vermeiden, verlieh dem Vertrauensmann eine Friedensmission. Wenn die Parteien auch in dem Vertrauensmanne den gefürchteten Richter gesehen hätten, hätten sie sich damit zu ihrer eigenen Absicht, unter Vermeidung vielen Geschreis ihre Sache in aller Stille friedlich auszutragen, in lauten Widerspruch gesetzt.

Der Vertrauensmann war den Parteien nicht Richter, sondern Vertragsschuldner. Die Unmöglichkeit, den zwischen der Austragung des Streites in friedlicher Freundschaft und der strengen Richterentscheidung bestehenden Gegensatz zu beseitigen, lässt das receptum zunächst als reinen Parteivertrag im allgemeinen Sinne erscheinen.

---

[1]) Näheres hierüber in l. 32 § 15 bis 17; l. 21 § 8, 10 D. h. t.
[2]) v. Lindheim a. a. O. S 28.

Es ist auffallend, dass der Praetor bei der ediktalen Regelung des ganzen Instituts seine reformatorische Tätigkeit zuerst dem receptum zugewendet hat. Weder an der auch vor dem Edikt vorhandenen Formlosigkeit, noch an dem bisherigen Inhalte des receptum wurde etwas geändert. Vielmehr erstreckte sich der erste Eingriff des Praetors auf den Inhalt der Verpflichtung des arbiter.

Die Vorstellung, dass der arbiter wirklicher Richter sei, ist, wie erwähnt, den Parteien fremd. Sein Ausspruch war ihnen kein Urteil. Als iudices, deren Machtfülle die rechtskräftige Entscheidung eines Rechtsstreites umfasste, galten ihnen nur die vom magistratus kraft seiner öffentlich-rechtlichen Gewalt gegebenen Richter.

Die Parteien selbst waren als solche jeder öffentlichen Gewalt bar. Sie konnten daher, wenn sie einem Vertrauensmanne die Entscheidung ihrer Sache anheimgaben, diesen auch nicht mit öffentlicher Gewalt bekleiden. Für die Parteien enthielt das receptum lediglich die höchst persönliche unübertragbare Verpflichtung des arbiter zur Abgabe einer sententia.

Der Praetor war teilweise anderer Ansicht. Trotz der reinen Privatstellung des arbiter, und obwohl dieser sich nur den Parteien gegenüber verpflichtet hatte, zwang der Praetor auch den arbiter unter sein imperium. Zur Vornahme dieser auffallenden Massregel müssen besondere Gründe vorgelegen haben. Die Ansicht von Matthiass,[1]) dass der arbiter, welcher sich zur Entscheidung eines Rechtstreites den Parteien gegenüber verpflichtet, damit nach Auffassung des Praetors Funktionen des iudex übernommen habe, weshalb er sich „unter das imperium des Praetor und in ein Unterordnungsverhältnis, wie es die öffentliche Gerichtsorganisation für den iudex begründet," begeben habe, braucht nicht unbedingt von der Hand gewiesen zu werden.[2]) Doch muss diesem auch von Weizsäcker[3]) als maßgebend erachteten und als „öffentliches Interesse" bezeichneten Grunde eine andere Erwägung zur Seite gestellt werden, welche mit den schon genannten Gründen zusammenhängt, aber beweiskräftiger ist. Ulpian sagt (l. 3 § 1 D. h. t.):

> „ . . . . . attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat."

Weil im compromissum eine Geltendmachung von Rechten liegt und weil die Römer, wie anzunehmen ist, die Auffassung

---

[1]) a. a. O. S. 22.

[2]) l. 3 § 1 D. h. t.: ut officium quod in se recepit impleret. l. 13 § 2 D. h. t.: qui iudicis partes suscepit.

[3]) a. a. O. S. 66.

hatten, dass allem, was eine Geltendmachung von Rechten selbst ist oder ihr gleich kommt, eine Zugehörigkeit (pertinere) zur iurisdictio zukomme, deshalb verlangte der Praetor eine Unterordnung des arbiter unter sein imperium.

Andererseits wurde durch den praetorischen Zwang an dem reinen Parteivertrage des receptum nicht das mindeste geändert. Auch der Prätor konnte sich nicht mit Willkür über die allgemeinen Anschauungen von Rechtsverbindlichkeiten hinwegsetzen. Das receptum als Parteivertrag war auch für den Praetor vorhanden. Aber diesem Parteivertrage haftet ein Mangel an, deren Folgen der Praetor, so gut es möglich war, zu beseitigen strebte; er gab hiermit seiner Anerkennung der Vertragsnatur des receptum Ausdruck.

Der Mangel, der dem receptum inne wohnte war die Klaglosigkeit. Der Grundsatz der condemnatio pecuniaria, der das Obligationenrecht beherrschte, konnte bei dem receptum nicht ausser Acht gelassen werden. Die Liquidierbarkeit des Parteiinteresses, welches die Geldkondemnation erforderte, war schwer, in den meisten Fällen wohl ganz unmöglich. Aber sie war nicht absolut ausgeschlossen. Gewiss ist es richtig, dass der Ausfall der ganz dem subjektiven Ermessen des Schiedsrichters anheimgegebenen sententia allein in dessen Hand liegt. Und wenn auch die Klage nicht auf Fällung der sententia in bestimmter Weise, sondern auf die Abgabe des Schiedsspruchs überhaupt zu richten wäre, so fehlt doch nicht jede Grundlage zur Geltendmachung des Parteiinteresses. Denn, wie auch Maier[1]) betont, wird die Verzögerung der Streiterledigung durch den Schiedsrichter ein nachweisbares Interesse sein können.[2])

Vielleicht hat der Praetor auch diese Möglichkeit im Auge gehabt. Er wollte den Parteien, wenn er ihnen schon die förmliche Klage aus dem receptum versagen musste, in seinem Zwange gegen den arbiter einen Notbehelf an die Hand geben. Die Möglichkeit einer Erfüllungsklage aus dem receptum scheiterte von vornherein an der Formlosigkeit des Vertrages. Weder das an den arbiter gerichtete Parteiersuchen um Uebernahme der Streitentscheidung, noch das recipere seitens des Schiedsrichters war an eine bestimmte Form gebunden. Die Verpflichtung des arbiter insbesondere konnte in der ausdrücklichen Willenserklärung, die Streitentscheidung als Schiedsrichter zu übernehmen, zustande kommen; sie konnte aber

---

[1]) a. a. O. S. 60.

[2]) A. M. Matthiass a. a. O. S. 23, dessen Ansicht, der Kläger könne den Nachweis des Schadens nur unter der Voraussetzung einer bestimmten Sentenz erbringen, zu radikal erscheint; Weizsäcker a. a. O. S. 64; Sintenis a. a. O. S. 496, 500.

auch schon durch tatsächliches se immiscere des arbiter zum Ausdruck gebracht werden. Die pflichtwidrige Erfüllung des receptum erzeugte höchstens die actio doli. Der arbiter konnte wegen seiner reinen Privatstellung auch nicht strafrechtlich belangt werden, wie der index qui litem suam fecit; die gegen diesen gehende Klage konnte daher weder direkt noch analog auf den arbiter ausgedehnt werden,

So waren die Parteien schutzlos gegen schiedsrichterliche Willkür. Ihr Vertrauen zum Schiedsrichter war keine zuverlässige Garantie mehr. Diesem neuen Lebensbedürfnis entsprang der Eingriff des Praetors:

> Licet autem praetor destricte edicat, sententiam se arbitrum dicere coacturum . . . . . (l. 15 D. h. t.).

Der Praetor will den arbiter zur Abgabe der sententia zwingen. Zur Grundlage dieses Zwanges machte er das receptum, und zwar, wie Matthiass sich ausdrückt, die publicistische Seite desselben. Der reine Parteivertrag des receptum bleibt vollkommen unberührt. Dass der Praetor diese privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem arbiter und den Parteien nicht ausser Acht gelassen hat, geht daraus hervor, dass er den Zwang regelmässig[1]) nicht ex officio ausübt, sondern auf Antrag der Parteien. Der Praetor zwingt den arbiter im Parteiinteresse.

Unerlässliche Voraussetzung der Gewährung des praetorischen Zwanges ist die poena compromissa, die Strafbestimmung, durch welche die streitenden Parteien sich zur Zahlung einer Strafe für den Fall der Nichtbefolgung der sententia verpflichten.[2]) Ein enger Zusammenhang der Verpflichtung des arbiter mit der stipulatio poenae der Parteien ist vielfach zu erkennen. So hat das Erfordernis der Strafbestimmung die Folge, dass die Verwirkung der poena compromissa die Auflösung der Verpflichtung des Schiedsrichters bewirkt, genauer, dass kein Zwang gegen ihn stattfindet: l. 32. § 1 D. h. t.:

> Non cogetur arbiter sententiam dicere, si poena commissa sit.

Dagegen kann nicht behauptet werden, dass die Notwendigkeit der Strafbestimmung auch die Bedeutung habe, als ihr Fehlen eine Verpflichtung des arbiter zur Abgabe des Schiedsspruchs gar nicht entstehen lasse. Die Auslegung der l. 11 § 4 D. h. t.:

> Item Julianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non,[3])

---

[1]) Unrichtig Hayum a. a. O. S. 79: „Der Zwang gegen den arbiter wurde vom Praetor nur auf Begehren einer Partei geübt."

[2]) l. 11 § 2i. f. D. h. t.

[3]) l. 13 pr.; l. 13 § 1 D. h. t.

durch André[1]) bedarf daher einer Berichtigung, da auch diese Stelle lediglich die Nichtanwendung des Zwanges als Folge des Fehlens des Strafversprechens der einen Partei hinstellt; ein receptum ist hier schon geschlossen worden.

Auch der Wegfall einer Partei nach Abschluss eines gültigen compromissum aus Gründen nachträglicher Handlungsunfähigkeit oder beschränkter Handlungsfähigkeit hat Einfluss auf die Zwangsfolge: das compromissum fällt fort, aber auch das receptum kann nicht mehr bestehen, da eine Vertragspartei entfallen ist, und der arbiter wird nicht gezwungen.[2])

Wenn der Praetor verspricht, den arbiter zur Erfüllung seiner im receptum übernommenen Pflichten anzuhalten, so ist hiermit eine Unterordnung des arbiter unter die magistratische coercitio bis zur Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens gegeben. Aber der Praetor gewährt nicht bei jedem receptum den Zwang. Jedes receptum musste, bevor der Praetor sein Versprechen zum cogere sententiam dicere arbitrum in die Tat umsetzte, bestimmten Voraussetzungen genügen: der Praetor liess sich erst causa cognita zur Zwangsverleihung herbei; er prüfte zunächst, ob ein giltiges compromissum und ein giltiges receptum vorhanden war.

Das Vorhandensein von engsten Beziehungen der praetorischen Zwangsausübung zu den Parteiinteressen ist nicht zu leugnen. Wenn also das Ziel des Zwanges in erster Linie die Bewirkung der Vertragsleistung, der Erfüllung aller im receptum übernommenen Verbindlichkeiten ist, so lässt doch die Art dieser Zwangsausübung auch erkennen, dass die publicistische Seite des receptum neben das Parteiinteresse tritt. Der Praetor will den Parteien nicht nur die Vertragsleistung des arbiter gewährleisten, sondern auch durch das Zwangsedikt die finitio litio bezwecken. Daher mussten sich die Parteien, wenn sie sich den praetorischen Zwang sichern wollten, der ediktalen Normierung auch des receptum unterwerfen, ohne dass, wie schon bemerkt, an dem Charakter des receptum als eines reinen Parteivertrages vom Edikt etwas geändert wurde.

Will der Praetor zur Sicherstellung des Parteiinteresses in der Zwangsanwendung durch positive coactio dem schiedsrichterlichen Verfahren eine starke Stütze geben, so greift er andererseits als Hüter der ordentlichen Rechtspflege mit seinem veto verhindernd in das schiedsgerichtliche Verfahren ein; aber der Zwang des Praetors geht in beiden Fällen aus denselben rechtspolitischen Erwägungen hervor. Denn auch im Falle dieser negativen Funktion des Zwanges handelt es sich

---

[1]) a. a. O. S. 5.
[2]) l. 47 § 1; l. 48 D. h. t.

in erster Linie um Parteiinteressen, weshalb auch hier zur Zwangsgewährung der Antrag der Partei erforderlich ist.[1])

Aber die Zwangsfolge ist nicht ausschliesslich vom Antrage der Partei abhängig. Zuweilen geht der Praetor auch ex officio gegen den arbiter vor. Erfolgte die Zwangsgewährung im Parteiinteresse, so war schon deswegen ein Parteiantrag erforderlich, gleichviel, ob die positive oder die negative Funktion des Zwanges zur Geltung kam. Ob daher in dieser Voraussetzung des Parteiantrages ein besonderes Zugeständnis an das alte Recht zu erblicken ist, wie Matthiass[2]) meint, ist nicht ersichtlich. Das Parteiinteresse war jedenfalls im alten Rechte auch vorhanden; man kann sagen, es war ausschliesslich vorhanden, da ein öffentliches Interesse noch nicht in Frage kam. Wenn der Praetor nun den Antrag einer Partei zur Zwangsgewährung für erforderlich erachtete, so wollte er damit lediglich etwas Vorhandenes in seiner Fortdauer sichern.

Während die Zwangsgewährung auf Antrag der Parteien im positiven und negativen Sinne erfolgte, trat das cogere des Praetors ex officio nur in seiner negativen Funktion ein. Belege dafür, dass der Praetor ex officio es sich angelegen sein liess, durch seinen Zwang den Gang des Schiedsverfahrens im Flusse zu erhalten und zum streiterledigenden Abschlusse zu bringen, bieten die Quellen nicht; hier wird eben lediglich Parteiinteresse vorliegen und das Antragsbedürfnis.

Wenn dagegen der praetor ex officio durch Verbot die Fortsetzung des schiedsgerichtlichen Verfahrens untersagte, so erfolgte diese Sistieruug aus Gründen des von ihm vertretenen allgemeinen Interesses. Von einer eigentlichen Zwangsgewährung kann man in diesen Fällen nicht sprechen, da kein Antrag dazu vorliegt; die Zwangsanwendung ex officio erfolgt zum Schutze des im praetor verkörperten Interesses der Allgemeinheit; der praetor schützt sich selbst, und es kann der Fall eintreten, dass er gegen die Parteiinteressen handelt, da die Streitigkeiten der Parteien jetzt nicht durch den Schiedsrichter entschieden werden können.

Schon aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der praetor nicht das Recht hatte, den arbiter durch blossen Machtspruch seiner Stellung zu entheben. Der Zwang floss aus dem imperium magistratus. Der reine Parteivertrag des receptum blieb unberührt, auch, wenn die negative Funktion des Zwanges

---

[1]) l. 32 § 10 D. h. t. Vgl. hierzu l. 49 pr. D. h. t. und die Auslegung dieser Stelle bezgl. der interpellatio nach Analogie der l. 32 § 10 D. h. t. (Einspruch des Praetors: inhibendus est arbiter) gegen l. 32 § 14 D. h. t. (Einspruch der Partei) mit Rücksicht auf das Interesse der Partei an der Absolution vom schiedsrichterlichen Verfahren bei Matthiass a. a. O. S. 119.

[2]) a. a. O. S. 25.

in Kraft trat. Dasselbe ergibt sich für die Wirkung der excusatio.

Der Grundsatz, dass der arbiter zur Annahme des receptum nicht gezwungen werden kann (l. 3 § 1 D. h. t.), ist schon betont worden. Abgesehen davon, dass die hartnäckige Weigerung des arbiter jeden Zwang des Praetors illusorisch macht[1]), ist der arbiter gegen die Zwangsfolge nicht schutzlos: Die Zwangsanwendung findet ihre Grenzen in den Excusationsgründen.[2]) Diese Begrenzung des praetorischen Zwanges ist keineswegs, wie Matthiass[3]) anzunehmen scheint, auch eine Einschränkung des oben erwähnten Grundsatzes; denn während dieser besagt, dass der arbiter zur Annahme eines receptum nicht gezwungen werden kann, setzen die Excusationsgründe schon ein receptum voraus. Die l. 16 pr. D. h. t. verlangt die Entstehung dieser Gründe „post arbiterium susceptum," da die Kenntnis derselben bei Abschluss des receptum einen Verzicht auf ihre Geltendmachung bedeuten würde.

Die in den Quellen in grosser Zahl[4]) angeführten Gründe, welche der arbiter in dem gegen ihn beantragten Zwangsverfahren vor dem Praetor vorbringen darf, sind zumeist besonderen persönlichen Verhältnissen entnommen, des Schiedsrichters allein oder der Parteien allein oder des Sehiedsrichters zu Parteien, und haben vor allem den Zweck, den Schiedsrichter indirekt vor der Willkür der Parteien zu schützen, da er wohl den Parteien, nicht aber diese ihm gegenüber verpflichtet sind.

Wenn die Quellen auch bei den verschiedenen Excusationsgründen eine klare juristische Abgrenzung vermissen lassen, so ist doch zu erkennen, dass die Tendenz[5]), die excusatio judicis analog auf den arbiter anzuwenden, vorhanden ist. Da die Excusationsgründe nur den Zwang des Praetors ausschliessen sollen, so ergibt sich hieraus die wichtige Folgerung, dass das receptum an sich, mit allen seinen Elementen, besonders der Verpflichtung des arbiter, bestehen bleibt. Die excusatio arbitri absorbiert den Zwang des Praetors nicht; sie ist nur ein Mittel, ihn fernzuhalten, da trotz der excusatio der arbiter an sich dem praetorischen Zwange unterworfen ist. Hieraus ergibt sich die Folgerung, dass der arbiter, der trotz erfolgreicher excusatio, d. h. obwohl der Praetor den Zwang nicht gewährt,

---

[1]) Ueber die Zwangsmittel-Multa, pignoris capio und missio in possessionem — s. l. 32 § 12 D. h. t.

[2]) Ulpian äussert sich hierüber allgemein in der l. 15 D. h. t.: Licet autem praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita.

[3]) a. a. O. S. 120.

[4]) z. B. l. 10, 11; l. 15; l. 16 § 1; l. 32, § 4; l. pr. § 4 D. h. t.

[5]) Besonders l. 15 D. h. t.

freiwillig — nullo cogente — eine sententia abgibt, seine auf Grund des receptum übernommene Vertragsverpflichtung erfüllt hat: das receptum ist erloschen.[1])

Hat der arbiter in den Excusationsgründen eine Handhabe, welche, ohne an dem rechtlichen Bestande des receptum zu rütteln, nur zur Fernhaltung der Zwangsfolge dient, so kann er sich direkt seiner Verpflichtung des sententiam dicere entledigen durch Angabe von Gründen, welche keine Excusationsgründe sind. Als Umstände dieser Art kommen z. B. in Betracht Mängel des receptum in Bezug auf die Person der Vertragsparteien oder den Gegenstand und andere, Verletzungen des allgemeinen Vertragsrechts enthaltende Gründe. Dieses Vorbringen soll die Gültigkeit des receptum und damit der Verpflichtung zur Abgabe der sententia verneinen. Können diese Umstände das receptum beseitigen, so kann von einer Zwangsfolge natürlich keine Rede sein: der arbiter verliert mit der Beseitigung des receptum die Eigenschaft, arbiter zu sein. Dass hieraus notwendigerweise auch die Ungültigkeit der sententia, die keine sententia ist, folgt, braucht kaum noch betont zu werden.

Als vorläufiges Ergebnis dieser Ausführungen über die ediktale Regelung des receptum kann gesagt werden: im praetorischen Recht ist das receptum arbitri trotz der Zwangsfolge und der excusatio ein reiner Parteivertrag, welcher nur beschränkt rechtswirksam ist; aber der Mangel der Klage aus dem receptum wird durch den praetorischen Zwang unter gewissen Voraussetzungen ersetzt. Matthiass[2]) formuliert dieses Resultat: „Insoweit nun den Parteien der Zwang zur Verfügung gestellt ist, ist es berechtigt zu sagen, der Vertrag zwischen den Parteien und dem arbiter habe durch das prätorische Edikt Wirksamkeit erlangt." Welche spezielle juristische Qualität diesem Vertrage beizulegen sei, ist eine vielumstrittene Frage. Die Ansicht Verings,[3]) der das receptum als ein pactum praetorium bezeichnet, ist wegen des Fehlens einer Klage schlechterdings unhaltbar. Die Unerweislichkeit der actio in factum de receptis (Contius) ist jetzt allgemein anerkannt.

Die Eigenart des Vertrages lässt auch eine Einreihung des receptum unter die römischen Consensualverträge nicht zu. Das receptum ist weder conductio operarum noch mandatum,[4]) aus Gründen, die kaum mehr bezweifelt werden. Von dem

---

[2]) Vgl. hierzu l. 32 § 14 D. h. t.
[2]) a. a. O. S. 26.
[3]) a. a. O. S. 610.
[4]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 28/29. Mayer a. a. O. S. 52. Weizsäcker a. a. O. S. 63. Overesch a. a. O. S. 45. Glück a. a. O. S. 97. Daubenspeck a. a. O. S. 31. Gruchot 16, 36.

mandatum trennt das receptum insbesondere das dem arbiter fehlende Rücktrittsrecht. Sobald das receptum abgeschlossen ist, ist der Schiedsrichter gebunden, und zwar kontraktlich gebunden. Die Ansicht Bornhaks,[1]) der Schiedsrichter sei mit Uebernahme des Schiedsrichteramtes allerdings gebunden, seiner Verpflichtung nachzukommen, und das Schiedsrichteramt müsse jemand wenigstens dann verwalten, wenn er es übernommen habe, dass aber kein Vertragsverhältnis zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien bestehe, dass vielmehr die Lehre von zwei sich wechselseitig bedingenden Verträgen, compromissum und receptum, im römischen Rechte keinen Boden habe,[2]) kann in dieser Formulierung nicht gebilligt werden; was das receptum denn eigentlich sei, verrät uns Bornhak nicht. Auch scheint seine Annahme, dass der Schiedsrichter „bis zum Beginne der Verhandlung" das Rücktrittsrecht[3]) habe, blosse Vermutung zu sein. Nicht der Beginn der Verhandlung, sondern Abschluss des receptum ist massgebend. Ausserdem bietet die l. 3 § 1[4]) kein zwingendes argumentum a contrario in dem Sinne, dass der Grund zur Verweigerung des Rücktritts durch den Praetor „nur" zutrifft, wenn die Verhandlung vor dem Schiedsrichter schon begonnen hat. Die genannte Stelle will nur sagen, dass die Weigerung des Schiedsrichters unter den angegebenen Verhältnissen — nudata utriusque intima et secreta negotii aperta — zur Abgabe eines Schiedsspruches überhaupt ein Grund und zwar ein ganz besonderer Grund sei für die Intervention des Praetors. Nach dem Beginne der Verhandlung billigt Bornhak dem Schiedsrichter ein Rücktrittsrecht nur noch aus gewissen, nach der Uebernahme eingetretenen Gründen zu, wie sie in l. 15, l. 16 D. h. t. enthalten sind, z. B. wenn er von den Parteien infamiert sei, bei Kapitalfeindschaft mit einer Partei, hohem Alter, Krankheit, Beschäftigung mit eigenen Angelegenheiten, dringender Reise usw. Aber diese Umstände berechtigen den arbiter nicht zum Rücktritt. Bornhak ist offenbar eine Verwechselung mit den Excusationsgründen unterlaufen; denn solche sind die in l. 15 und l. 16 angegebenen Verhältnisse. Excusationsgründe geben aber dem Schiedsrichter kein

---

[1]) a. a. O. S. 13.
[2]) a. a. O. S. 4.
[3]) a. a. O. S. 11.
[4]) i. f.: Quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se eligerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, abitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa, nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum lore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?

Rücktrittsrecht, da sie, wie oben ausgeführt, lediglich den Zweck haben, den Zwang des Praetors fern zu halten, während sie den Bestand des receptum überhaupt nicht berühren; wäre ihr Vorbringen wirklich die Ausübung eines Rücktritts, so müssten sie auch eine dem Begriffe des Rücktritts entsprechende Wirkung haben, nämlich die Auflösung einer obligatorischen Gebundenheit.

Auch der Fall, dass die Parteien den Schiedsrichter verlassen, sich an einen anderen oder den ordentlichen Richter wenden, um dann zu ihm zurückzukehren, scheint Bornhak für ein Rücktrittsrecht zu halten, trotz des Ausdrucks „Weigerung". Aber es kommt auch hier auf eine Auflösung des receptum an. Doch ist mit Matthiass[1]) anzunehmen, dass in dem Verlassen des arbiter nicht notwendig eine Auflösung des receptum durch mutuus dissensus zu finden ist. Liegt ein solcher vor, so kann von einem Rücktrittsrecht des arbiter keine Rede sein, da Verpflichtung und Zwang ipso jure entfallen. „Liegt aber eine Auflösung des receptum nicht vor, so kann doch in dem Verlassen eine Kränkung (contumelia) liegen".[2]) Diese aber wiederum berechtigt den arbiter nicht zum Rücktritt, sondern ist gleichfalls Excusationsgrund, welcher nur den Zwang des Praetors von dem Schiedsrichter abzuwenden im stande ist, ohne das receptum selbst zu berühren.

Die eigenartige Normierung, welche das receptum im Edikt erhalten hat, lässt keine Subsumierung unter einen schon bestehenden Vertragstypus zu. Das ist auch in dem Masse nicht erforderlich, dass davon die Annahme des Vertragscharakters des receptum überhaupt abhängig wäre.[3]) Dass das Edikt auch die publicistische Seite des receptum betont, soll gar nicht bestritten werden; aber es ist geradezu falsch, zu sagen, dass der arbiter „nur kraft öffentlichen Rechts vom Praetor gezwungen werde, das einmal übernommene Amt auch zu Ende zu führen,"[4]) Die Behauptung Bornhaks:[5]) „Der Schiedsrichter ist ebenso öffentlich-rechtlich verpflichtet wie der judex," ist für das römische Recht unmöglich. Sie wird durch die in l. 14 C. 3 1 enthaltenen Vorschriften über eine Vereidigung des Schiedsrichters nicht unterstützt, da es sich hier nur um eine ganz vorübergehende Bestimmung handelt.

Im übrigen hat der Zwang des Praetors und seine Gründe, wie mehrfach betont, keine Wirkung auf das zwischen Parteien und Schiedsrichter bestehende Rechtsverhältnis. Dass ein

---

[1]) a. a. O. S. 120.
[2]) Matthiass a. a. O. S. 121.
[3]) A. M. Averdieck a. a. O. S. 6 ff., 10, mit Dernburg Pand. Bd. 1. S. 391, 392.
[4]) Bornhak a. a. O. S. 18.
[5]) Bornhak a. a. O. S. 14.

solches Rechtsverhältnis überhaupt vorhanden sein muss, ist sogar regelmässig unerlässliche Voraussetzung der Zwangsfolge: ohne receptum kein Zwang, und wenn auch öffentlichrechtliche Momente an der Bildung und Gestaltung des praetorischen Zwanges mit beteiligt sein mögen, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass das receptum ein rein privatrechtlicher Vertrag ist.[1])

Da also die Unmöglichkeit, dem receptum eine ganz bestimmte juristische Qualität beizulegen, nur mit Willkür beseitigt werden kann, so muss man sich mit dem Ergebnis, eine allgemeine Vertragsnatur des receptum festgestellt zu haben, begnügen.

Ueber die Beendigung des receptum ist nicht viel zu sagen. Die Bewirkung der Vertragsleistung, die Abgabe der sententia, bringt das receptum zum Erlöschen, ebenso wie umgekehrt das Erlöschen des receptum aus Gründen des gemeinen Vertragsrechts den arbiter von seiner Verpflichtung befreit.

Von Seiten der Schiedsparteien kann das receptum aufgelöst werden durch konsentierten Rücktritt,[2]) dessen Möglichkeit nach dem Edikt keinem Zweifel unterliegt. Gegen den einseitigen Rücktritt helfen die Strafverabredungen der Parteien.

Dass die Excusationsgründe an sich das receptum nicht zum Erlöschen bringen, ist schon betont worden.[3])

Man sollte annehmen, dass entsprechend der allgemeinen Vertragsnatur (conventio) des receptum auch die Haftung des Schiedsrichters sich nach dem gemeinen Vertragsrechte darstellen liesse. Aber der Zwang des Praetors erstreckt sich nur auf das sententiam dicere überhaupt, und nur insoweit hat das receptum rechtliche Wirksamkeit erhalten. Um das „wie" der sententia kümmert sich der Praetor nicht. L. 19pr. D. h. t. Paulus Libro XIII ad ed.:

Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad prätorem non pertinere, dummodo dicat, quod ipsi videtur.

Es lässt sich nicht nachweisen, dass der arbiter auch eine juristische Verbindlichkeit zur Beobachtung einer gewissen diligentia im receptum den Parteien gegenüber übernommen hat. Das hängt vielleicht mit der Vertrauensstellung zusammen,

---

[1]) Mayer, S. 52. A. M. ist Goldschmidt a. a. O. S. 98 ff. 103. Nach ihm steht das recipere mit polliceri, promittere, spondere, auf einer Stufe und wird als technischer Ausdruck für einen einseitigen Verpflichtungsakt gebraucht. „Der arbiter verpflichtete sich ursprünglich wahrscheinlich durch die Formel recipio (sententiam me dicturum und dgl.)."

[2]) l. 9, § 5; l. 10; 11 pr. und l. 17, § 1 (si spreta auctoritate eius ad judicium).

[3]) Mayer, a. a. O. S. 122. Ueber die Frage, ob es eine der recusatio judicis analoge recusatio arbitri gibt, s. Matthiass a. a. O. S. 123.

die der Schiedsrichter schon vor dem receptum zu den Parteien inne hat, oder in die er zu ihnen durch das receptum eintritt. Aber dieses Vertrauen entbindet ihn nicht von der Pflicht, die sententia nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben, wenn er auch entscheiden soll, quod ipsi videtur. Hieraus ergibt sich, das keine Gebundenheit des Schiedsrichters an das objektive materielle Recht verlangt werden darf. Die libera facultas arbitri verlangt eine Loslösung des Schiedsrichters von solchen Schranken; denn „im Begriffe des Schiedsrichters liegt", wie Matthiass[1]) treffend sagt, „die Freiheit von jeder Schranke ausserhalb seiner Ueberzeugung. Wäre der Schiedsrichter an das objektive Recht gebunden, so wäre sein Zweck gänzlich verfehlt. Die ungehorsame Partei, wegen Verletzung der sententia auf die Strafe belangt, könnte durch den Einwand, die sententia arbitri entspreche nicht dem objektiven Recht, gewissermassen Appellation an den ordentlichen Richter einlegen. Wir würden hierüber eine Andeutung in den Quellen nicht vermissen. Die Quellen sagen aber ausdrücklich das Gegenteil."

Der Grundsatz der l. 27 § 2 D. h. t.: „Stari autem debet sententia arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit," besagt, dass die Nichtübereinstimmung der sententia arbitri mit den Forderungen des Rechts und der Billigkeit für die Parteien keine Befreiung vom Gehorsam bedeutet. Die Ansicht von Matthiass[2]), dass die sententia sogar gegen die leges entscheiden können, geht jedoch zu weit. Dass die l. 27 § 2 „sonst sagen würde, die sententia arbitri könne billig oder unbillig sein, müsse aber in jedem Falle dem positiven Rechte entsprechen," ist eine etwas bedenkliche Vermutung. Die sententia darf den Parteien vielmehr nichts auferlegen, was mit dem positiven Recht nicht in Einklang zu bringen ist.

Ist einmal eine sententia abgegeben worden, so ist das receptum erloschen. Diese das receptum vernichtende Wirkung hat jede Sentenz, auch die wider besseres Wissen abgegebene. Hieraus fliesst die logische Folgerung, dass keine Sentenz — ohne Ausnahme — durch den arbiter abgeändert werden darf. Die sententia in abgeänderter Gestalt ist keine sententia, da schon mit Abgabe der ursprünglichen das receptum erloschen ist, und der arbiter aufgehört hat, arbiter zu sein; die Aenderung hat daher kein arbiter vorgenommen.

Andererseits kann die wider besseres Wissen abgegebene sententia, wenn sie auch an sich rechtsgültig ist, wenn auch der Ungehorsam der Partei unentschuldbar ist und den Verfall

---

[1]) a. a. O. S. 86.
[1]) a. a. O. S. 87.

der poena bewirkt, entkräftet werden. Die Pflicht zur Hinnahme der Sentenz, sive aequa sive iniqua sit, wird eingeschränkt:

Nam et divi Pii rescripto adicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet.

Hieraus ergibt sich, dass eine sententia improbabilis nicht hingenommen zu werden braucht. Aber auch die Ausgestaltung dieser Befugnis betrifft nicht die persönliche Haftung des Schiedsrichters. Es handelt sich lediglich um Korrektivmittel gegen den Schiedsspruch.

Hat der Schiedsrichter in schuldhafter Verletzung seiner Pflichten einen materiell unrichtigen Schiedsspruch abgegeben, so wird die beschädigte Partei der poenae petitio der anderen mit Erfolg die exceptio doli entgegensetzen können. Es bedarf also zunächst eines Nachweises des dolus arbitri, wozu die materielle Unrichtigkeit der Sentenz selbst dann geeignet sein kann, wenn sich die schuldhafte Handlungsweise des Schiedsrichters sonst nicht beweisen lässt. In der Exceptio doli hat die Partei ein Mittel, sich durch Entkräftung der petitio poenae von der Befolgung der sententia zu befreien. Der Inhalt der materiell unrichtigen Sentenz berechtigt sie zu straflosem Ungehorsam. Das Mittel der exceptio doli richtet sich aber nicht gegen den Schiedsrichter, sondern gegen die andere Partei, die, wenn sie die poena fordert, an dem dolus des arbiter selbst teilnimmt; sogar dann, wenn sie sub clausula doli kompromittiert hat, da die petitio poenae das Bestreben zeigt, aus der Pflichtwidrigkeit des arbiter Nutzen zu ziehen, und selbst ein doloses Handeln ist, welchem die actio ex stipulatu entgegentreten kann, indem die so handelnde Partei ihrerseits die stipulierte poena verwirkt hat.[1])

Der Schutz der Schiedspartei gegen dolose Schadenszufügung des pflichtwidrigen arbiter, den die l. 27 § 2 D. h. t. nur andeutet, wird durch die l. 32 § 14 D. h. t. eingeführt und erläutert; die genannte l. 2 C. h. t. enthält eine Bestätigung.

Matthiass[2]) berichtet auch über einen Fall, in welchem die Partei ein gegen die Person des Schiedsrichters gehendes Mittel hat. Es handelt sich um eine Massregel, die das Zustandekommen einer pflichtwidrigen Sentenz verhindern soll. Die Parteilichkeit des arbiter berechtigt die Partei, Einspruch (testatio) zu erheben gegen die Fortsetzung des Verfahrens. Die Wirkung war folgende: „Der arbiter konnte auf Einspruch vom Amte abtreten, er setzte sich kaum dem Zwange des Praetors aus, den etwa die andere Partei beantragen konnte; denn der Zwang wurde in solchen Fällen versagt (l. 9 § 3 D. h. t.).

---

[1]) L. 3. C. h. t.
[2]) a. a. O. S. 110.

Jedenfalls wäre hier in diesem Verfahren über die Zwangsverleihung Gelegenheit gewesen, die Gründe des Einspruchs zu erörtern. Der pflichtwidrige arbiter aber, welcher der testatio nicht nachgab, setzte sich selbst der actio doli aus."

Geht also sonst gegen die andere Partei die exceptio, so ist hier die actio doli gegen den Schiedsrichter gegeben, wenn dieser der testatio nicht nachgab, d. h. weiterhin als Schiedsrichter tätig war, und die sententia abgab, deren Zustandekommen die Partei durch testatio verhüten wollte[1]).

Der Umstand, dass erst das Zusammenwirken von compromissum und receptum ein wirkliches Schiedsgericht zur Entstehung bringt, weist auf die Frage hin, welcher Art die Zusammengehörigkeit dieser beiden Verträge ist. Es handelt sich dabei der Hauptsache nach um die Feststellung ihrer rechtlichen Selbständigkeit, besonders des receptum.

Wenn man davon ausgeht, dass in jedem compromissum die Abgabe des Versprechens liegt, mit dem arbiter das receptum abzuschliessen, so ist hierm t schon die Aufeinanderfolge dieser Verträge dahin festgelegt, dass das receptum dem compromissum folgt, da die Abgabe des Versprechens seiner Erfüllung vorausgeht. Dass für den arbiter kein Zwang besteht, ein receptum einzugehen, ist schon gesagt worden; aber auch für die Schiedsparteien ist kein Zwang vorhanden, das receptum abzuschliessen, weil sie im compromissum sich gegenseitig den Abschluss des receptum versprochen haben. Eine Intervention des Praetors auf Grund dieses blossen Versprechens findet nicht statt, und die Weigerung einer Partei, das receptum einzugehen, bewirkt nicht den Verfall der poena compromissa. Dafür, dass das compromissum in der Regel dem receptum vorausgehen müsse, führt Weizsäcker[2]) zwei Gründe an. Der Grund aus dem positiven Recht, dass der praetorische Zwang aus dem pecunia compromissa verlange, ist schlechthin zu billigen; der logische Grund: „denn die Uebernahme des Schiedsrichteramtes setzt doch die Ermächtigung (!) von den Parteien hierzu voraus, diese aber folgt, wenn die Parteien sich geeinigt haben" — ist nur dann richtig, wenn man der für das römische Recht allerdings richtigen Ansicht ist, dass nur auf Grund eines solchen compromissum das receptum abgeschlossen werden könne, welches die Person des Schiedsrichters individualisiert.[3])

---

[1]) Diese sententia war übrigens an sich gültig. Vgl. hierzu den Einspruch des Prätors in l. 49 pr. D. h. t. (interpellatio); dazu Matthiass a. a. O. S. 119. Die interpellatio des Praetors liess eine gültige Sentenz nicht zustande kommen, hatte aber auf das formelle Bestehen des receptum keinen Einfluss.

[2]) a. a. O. S. 66.

[3]) Matthiass a. a. O. S. 53. Hayum a. a. O. S. 37. Weizsäcker a. a. O. S. 8.

Was meint Weizsäcker mit: „wenn die Parteien sich geeinigt haben?“ Hat er dabei den Schiedsvertrag im Auge mit Individualisierung des arbiter, oder meint er nur die Einigung der Parteien auf einen bestimmten Sehiedsrichter, ohne dass schon ein compromissum vorliegt? Im letzteren Falle könnte das receptum dem compromissum vorausgehen. Dass diese dem compromissum vorausgehende Verpflichtung des arbiter bis zum Abschlnss des compromissum wertlos ist, liegt auf der Hand. Dass das compromissum in der Regel dem receptum vorausgehen wird, zeigt die Erwägung, dass das receptum ein Vertrag zwischen den beiden Schiedsparteien und dem Schiedsrichter ist: die streitenden Teile werden erst „Schieds“parteien, wenn sie ein compromissum geschlossen haben. Diese Erwägung kann zu der Folgerung führen, dass das compromissum dem receptum begrifflich vorausgehen müsse. Mit Recht bekämpft Mayer (S. 51) die Ansicht Weizsäckers (S. 66, 67), dass diese Reihenfolge der Verträge keine absolut notwendige sei. Die Worte der l. 16 § 1 haben von Weizsäcker eine nicht zu billigende Auslegung erhalten. Wie Mayer richtig bemerkt, ist auch hier ein compromissum vorausgegangen, welches nur ungültig (!) geworden und deshalb von den Parteien erneuert werden soll, — ein neues receptum wird nicht geschlossen; denn nur in diesem Falle wäre die Weizsäcker'sche Auslegung annehmbar. Wenn Mayer sagt, dass sich die Parteien, „ehe sie kompromittieren, von einem Dritten die Zusage geben lassen, dass er nach erfolgtem Compromiss das Schiedsrichteramt übernehmen wolle,“ so ist das noch nicht der Abschluss eines receptum. Aber es ist unlogisch, wenn er seine Ansicht dahin mildert, dass das vorausgehende compromissum kein perfekter Vertrag zu sein brauche; denn wenn man überhaupt das Vorhergehen des compromissum fordern will, dann kann nur ein compromissum perfectum in Betracht kommen: denn nur ein compromissum als vollendeter Vertrag gibt den Parteien die Eigenschaft von Schiedsparteien. Vgl. dazu Mayer S. 60.

Wenn man die Wirkungen ins Auge fasst, welche die Mitwirkung und die Versagung der Mitwirkung des arbiter zum Abschluss des receptum zur Folge hat, so ist es richtig, dass die Versagung der Mitwirkung das compromissum wirkungslos macht; unrichtig ist die Behauptung, dass das vollendete receptum lediglich beginnende Ausführung des compromissum sei.[1]) Das trifft nur für die Schiedsparteien zu. Der Schiedsrichter kann als Dritter diesen Vertrag der Schiedsparteien nicht ausführen. Unrichtig ist auch die Ansicht

[1]) Hayum a. a. O. S. 37.

Weizsäcker's,[1]) der eine Beziehung des receptum auf das compromissum in der Weise für gegeben hält, dass er sagt, „im compromiss liegt gewissermassen die Offerte oder doch jedenfalls der Inhalt der Offerte an den Schiedsrichter zur Uebernahme des Amtes.“ [2]) Von Offerte kann keine Rede sein. Die Offerte zum Abschluss eines receptum geben die Parteien erst, wenn sie den arbiter um Entscheidung ihres Streits ersuchen. Als Offerte müsste das compromissum eine an den Schiedsrichter gerichtete Willenserklärung sein. Vorher kann das compromissum dem in Aussicht genommenen Schiedsrichter völlig unbekannt sein. Nicht auf Grund des compromissum, wie Weizsäcker meint, sondern auf Grund des receptum übernimmt der Schiedsrichter seine Tätigkeit, und wenn er diese auf die im compromissum enthaltenen Grundlagen stützt, so ist das compromisssum deswegen noch keine Offerte; für diese Ansicht enthalten auch die l. 32 § 15, § 21 D. h. t. nichts.

Es muss vielmehr behauptet werden, dass, nach rechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, das compromissum das receptum nicht berührt. Die Ansicht Bornhaks (a. a. O. S. 22), dass nach römischem Rechte durch das compromissum allein die Wirkungen hervorgebracht würden, welche nach gemeinem Rechte erst das Zusammenwirken von compromissum und receptum erzielt, entbehrt jeder Grundlage. Vornehmlich die besondere, selbständige Normierung des receptum im Edikt des Praetors weist darauf hin, dass compromissum und receptum zwei selbständige, rechtlich von einander unabhängige Verträge sind, und dass, was Hayum [3]) mit Recht betont, insbesondere zur Gültigkeit des compromissum begrifflich nicht das Vorhandensein eines gültigen receptum gehört. [4])

Die Ansicht, dass compromissum und receptum überhaupt nicht zwei Geschäfte, sondern im Sinne nur zwei Seiten ein und desselben Geschäftes seien, ist unhaltbar, [5]) und die Folgerung von der Hagen's: „Deswegen wurde es schon für nicht zweifelhaft gehalten, ob ein compromiss auf zwei Personen als Schiedsrichter gültig sei, und der Praetor sie zum Spruche nötigen dürfe,“ scheint nicht logisch zu sein.

---

[1]) a. a. O. S. 67. Unklar Overesch a. a. O. S. 47.

[2]) Ueber die Bezeichnung „Amt“ ist weiter unten zu sprechen.

[3]) a. a. O. S. 50. Aehnlich André a. a. O. S. 23. A. M. Overesch a. a. O. S. 45 und Averdieck a. a. O. S. 9.

[4]) Unrichtig Simon, du compromis, Paris 1886 S. 31, 32.

[5]) So von der Hagen a. a. O. S. 462; ihm schliesst sich für das gemeine Recht an Daubenspeck a. a. O. S. 40, 62, 63, der in inkonsequenter Darstellung das receptum bald als Beginn der Ausführung des compromisses, den Anfang der Erfüllung bezeichnet, die das receptum vorbereite, bald als einen besonderen Vertrag hinstellt, während der Schiedsspruch sowohl die Erfüllung des compromissum als auch des receptum sein soll.

Dem receptum kommt vielmehr eine solche rechtliche Selbständigkeit zu, dass es, wenn die Parteien die Bezeichnung der Person des Schiedsrichters einem Dritten überlassen haben, erst dann zustande kommt wenn zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter Vertragsofferte und Annahme vorliegen.[1])

3. Die Reformen Justinians.

Die Reformen Justinians berühren das praetorische Schiedsgericht nicht; es besteht unverändert noch im byzantinischen Rechte fort. Die Neuerungen des Jahres 529, welche als neue Entwickelungsmomente in das Institut eintraten, befassten sich mit dem Sicherstellungsvertrage der Schiedsparteien, in welchem diese sich gegenseitig direkt zur Anerkennung der sententia arbitri verpflichteten. Nach praetorischem Recht gab die stipulatio sententia stari dem obsiegenden Kläger nicht eine Klage auf Erfüllung der sententia, sondern eine actio ex stipulatu, welche auf das Erfüllungsinteresse ging, während dem Beklagten die Liberation die exceptio pacti de non petendo verlieh. War dagegen die Anerkennung der sententia durch ein nudum pactum erfolgt, so hatte der siegreiche Kläger kein Mittel, mit welchem er Erfüllung oder Interesse fordern konnte, während dem liberierten Beklagten auch in diesem Falle die exceptio verblieb. Mit Hilfe der religio jurisjurandi gestaltete Justinian eine Form dieser Anerkennungsverträge, welche die Verwirklichung des Inhalts der sententia durch Klage bezweckte. Nach l. 4 § 4 C. 2, 56 hatte die Eidesleistung der Parteien und des arbiter und deren Bezeugung in einer von den Parteien selbst unterschriebenen oder öffentlichen Urkunde oder in den schiedsrichterlichen Akten die Wirkung, dass mit einer actio in factum, condictio ex lege oder einer actio in rem utilis auf Erfüllung dieses Anerkennungsvertrages geklagt werden konnte.

Diese Neuerung bedeutete für die rechtliche Natur des receptum keine Aenderung: insbesondere wurde durch die Eidesleistung des arbiter das receptum nicht klagbar. Und doch wurde wie die Anerkennungsverpflichtung der Parteien, so auch die Verpflichtung des arbiter, das receptum zu erfüllen, gewährleistet. Aber nicht durch das receptum selbst,

---

[1]) vgl. übrigens Drechsler im Archiv für civil. Praxis Bd. 62, S. 434 „Was das schiedsrichterliche Verfahren anlangt, so fällt dasselbe nicht unter den Begriff Civilprocess, denn die durch Parteiverfügung erfolgende Ueberlassung der Entscheidung eines Rechtsstreits an erwählte Privatpersonen ist ein reines Privatgeschäft und die Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens ist nur die Abwicklung eines Privatrechtsverhältnisses.“ Gl. A. Vering a. a. O. S. 610 und Matthiass a. a. O. Dazu Mitteis a. a. O. S. 344 ff., Overesch a. a. O. S. 8 in Anschluss an Sintenis (das praktische gem. Civilrecht 2. A. 1861) 2. Bd. S. 493; bezgl. des receptum des super-arbiter s. Averdieck a. a. O. S. 26.

sondern durch die Vereinbarung, ut cum sacramenti religione lis procedat: die öffentliche Strafe des perjurium drohte dem Ungehorsam der Parteien gegen die sententia wie der Nichterfüllung des receptum des arbiter, der nach den Rechtssätzen des praetorischen Edikts nicht hätte gezwungen werden können.[1])

Dieselbe Wirkung wurde erzielt für die Schiedsparteien, wenn sie allein ihr eidliches Versprechen des sententia stari im compromissum schriftlich oder mündlich zu Protokoll des arbiter abgegeben hatten; für den arbiter, wenn er die von ihm allein erfolgte Eidesleistung beurkundete.

Die l. 4 § 5 C. 2, 56 befreite die Eidesleistung der Schiedsparteien vom compromissum und des arbiter vom receptum und verlieh ihr dieselbe Wirkung, wenn sie post sententiam definitam erfolgt war.

Die Novelle 82 (c. 11) hat 539 diese Bestimmungen wieder beseitigt. Die übrigen Neuerungen des Jahres 529 blieben bestehen. Von den Vorschriften noch jüngeren Datums verdienen im einzelnen hervorgehoben zu werden der Ausschluss der Frauen vom Schiedsrichteramt, die Unzulässigkeit des Zwanges gegen sie und Nichtigkeit der von ihnen abgegebenen sententia,[2]) die Einführung des Amtseides des arbiter[3]) und die Androhung der Strafe des litem suam facere,[4]) Bestimmungen welche eine Einschränkung der Parteidispositionen und eine formelle Annäherung an das staatliche Gericht erkennen lassen.[5])

4. Das receptum im bischöflichen Schiedsgericht.

Neben der Entwickelung des Schiedsgerichts im römischen Rechte vollzog sich in aller Stille die Entwicklung eines zweiten Schiedsgerichts.

Die geschichtlich anerkannte Tatsache, dass die spätere geistliche Gerichtsbarkeit auf dem compromissum beruht, lässt sich auf die alte Sitte der Christen zurückführen, Streitigkeiten durch den Bischof entscheiden zu lassen. Doch gestaltet sich die fernere Entwicklung dieser Sitte wesentlich verschieden von der Ausbildung des römischen Schiedsrichterinstituts. Der Bischof ist zunächst kein eigentlicher Schiedsrichter. Er ist, wie Matthiass[6]) ausführt, der durch die Gemeindeorganisation

---

[1]) vgl. hierzu Matthiass a. a. O. S. 124 ff. Mayer a. a. O. S. 25.
[2]) l. 6. C. 2, 55 (531).
[3]) l. 14 § 1 C. 3, 1 (530).
[4]) l. 29 § 2 C. 2, 3 (531).
[5]) Matthiass a. a. O. S. 129.
[6]) a. a. O. S. 131 ff.

gegebene Vermittler, der Aussöhnung der streitenden Parteien nach den Normen des christlichen Lebens herbeizuführen bestrebt ist, wobei ihm seine Disziplinargewalt zu Hilfe kommt. Sowohl das Bedürfnis nach schiedsrichterlicher Entscheidung, welche sich auf den abgeschlossenen Zustand der Christengemeinden und auf das Verhältnis ihrer Mitglieder zu den heidnischen Richtern zurückführen lässt,[1]) als auch der Zwang, dem Bischof ihre Sache zu unterbreiten, durch göttliche Anordnung, erklärt das Fehlen der freien Parteidisposition des gemeinen Rechts.[2]) Je mehr sich im Laufe der Entwicklung die Parteien der disziplinären Gewalt des Bischofs entziehen konnten, desto mehr näherte sich der Bischof dem Schiedsrichter. Entschied er nach weltlichem Recht — „das eigene Interesse der Bischöfe an der Aufrechterhaltung ihrer Autoriät in der Gemeinde gebot[3]) das“ — dann war er Schiedsrichter.

Als später[4]) die christlichen Kaiser, insbesondere Constantin, die audientia episcopalis mit bürgerlicher Rechtskraft begabt hatten, war die Tätigkeit des Bischofs keine schiedsrichterliche, sondern es lag eine mit den ordentlichen Gerichten konkurrierende wirkliche Gerichtsbarkeit der Bischöfe vor.

Hieraus ergibt sich die Natur des Verhältnisses zwischen dem Bischof und den Parteien. Die Kompetenz des Bischofs wird durch einen einseitigen Willensakt der Parteien begründet. Der Bischof entscheidet zwar, ohne an die zivilrechtlichen Bestimmungen gebunden zu sein, more arbitri; aber er ist mehr als blosser Schiedsrichter, da die Parteien mit ihm kein receptum arbitri abschliessen, und die bischöfliche Entscheidung sofort bürgerliche Rechtskraft besitzt.

In diesem Rechtszustande trat alsbald eine Aenderung ein. Während die Bischöfe zu Constantins Zeiten eine Gerichtsbarkeit erwarben, die sich auf alle Untertanen des Reichs erstrecken konnte, erfolgte jetzt eine Einschränkung, indem den Bischöfen die Streitigkeiten de religione schlechthin, die causae civiles nur dann verblieben, wenn die Parteien auf den Bischof kompromittierten. Die de jure publico-Entscheidung stand ausschliesslich den ordentlichen Richtern zu.

Die beiden Gesetze von Arcadius (398) und Honorius (408), welche diese Aenderung einführten, enthalten für den Schiedsrichter und das receptum nichts Wesentliches. Erst die constitutio Valentinians III. vom Jahre 452, die übrigens

---

[1]) v. Lindheim a. a. O. S. 15.
[2]) Matthiass a. a. O. S. 131.
[3]) Matthiass a. a. O. S. 132, auch die Anm. 3 daselbst.
[4]) Zunächst (321 nach Chr.) für den Fall, dass beide Parteien auf den Bischof kompromittierten, dann auch, wenn nur eine Partei ihn anging (Sirmond'sche Constitutionensammlung), vgl. Vering a. a. O. S. 246.

die durch die beiden genannten Gesetze eingeführte Beschränkung aufrecht erhält, enthält genauere Bestimmungen. Ihre Vorschrift: habeat episcopus licentiam judicandi —, die eine ähnliche der constitutio vom Jahre 408 in bestimmterer Form wiedergibt, besagt, dass der Bischof die Entscheidung ablehnen kann wie der arbiter privatus ex compromisso; die Verpflichtung des Bischofs, die schiedsrichterliche Entscheidung anzunehmen, untersteht dem bisherigen Recht, und der Ausschluss des Zwanges zur Uebernahme der Entscheidung steht im Einklange mit der oben erwähnten Tendenz der Einschränkung der bischöflichen Gerichtsbarkeit.

Wie das Gesetz Valentinians III. den Parteivertrag als compromissum bezeichnet, so ist das Rechtsverhältnis der Parteien zum bischöflichen Schiedsrichter in diesem Stadium ein receptum, ein Vertrag [1])[2]).

II. Altes deutsches Recht.

„Die ältesten deutschen Rechtsquellen sprechen nicht von Schiedsgerichten; in der ältesten Zeit scheinen dieselben in Deutschland nicht vorgekommen zu sein. Diese Erscheinung mag wohl daraus zu erklären sein, dass das altgermanische Gerichtsverfahren an sich der Einfachheit der tatsächlichen Verhältnisse und der anzuwendenden Rechtssätze wegen ein leicht zu handhabendes war, dass infolgedessen die germanische Rechtspflege in dieser ältesten Periode noch von Männern aus dem Volke geübt werden konnte, sodass ein Bedürfnis nach einem Schiedsgerichte wenig empfunden werden mochte. Ohnedies hätte das Schiedsgericht, dessen Aufgabe die Auseinandersetzung der Parteien mehr nach der Billigkeit als nach strengem Recht ist, in dieser ältesten Periode des starr formalistischen, das billige Ermessen ausschliessenden Rechtes nur wenig Zweck gehabt.

In späterer Zeit dagegen, als sich dieser Formalismus mehr lockerte und zugleich die Rechtsverhältnisse komplizierten, finden sich Schiedsgerichte immer häufiger. Seit dem 12. Jahrhundert insbesondere war die mittelalterliche Praxis dem aus Italien kommenden schiedsrichterlichen Institut sehr zugetan. Dabei kann es nicht Wunder nehmen, dass wir gerade bei diesen ältesten deutschen Schiedsgerichten die Geistlichkeit viel beteiligt finden, denn da die Schiedsgerichte gerade dazu

[1]) A. M. Bornhak a. a. O. S. 143 ff.

[2]) Ueber die Autorität der bischöflichen sententia vgl. Matthiass a. a. O. S. 143 ff.

dienen sollten, schwierige Fragen, zu deren Lösung der Formalismus des alten Rechtes nicht mehr ausreichte, zu entscheiden, so war es ganz natürlich, dass man diese Aufgabe den Trägern der Kultur, der Geistlichkeit, zuwies. Allmählich aber mit der wachsenden Verbreitung juristischer Bildung findet sich auch eine Beteiligung der Laien an den gewillkürten Gerichten (Schiedsgerichten), insbesondere als die Sitte aufkam, in besonders schwierigen Fragen sich an einzelne Gelehrte oder auch an Fakultäten um Rechtsbelehrung zu wenden. Schon im 14. Jahrhundert finden sich derart besetzte Schiedsgerichte. Da man zudem bei der territorialen Zersplitterung Deutschlands zu fürchten hatte, ein erstrittenes Urteil nicht zwangsweise durchführen zu können, und es mit der Selbsthilfe, der Fehde, mehr und mehr ein missliches Ding geworden war, war man wohl auch des öfteren genötigt, sich an ein Schiedsgericht zn wenden. Aus allen diesen Gründen wuchs mit der Zeit die geistige Ueberlegenheit der Schiedsgerichte; sie dienten sogar vornehmlich dazu, unser gelehrtes Richtertum heranzubilden. Die Sitte, einen Rechtsstreit vor dem Schiedsrichter auszutragen, ging sogar soweit, dass einerseits an manchen Höfen das Hofgericht durch Schiedsgerichte verdrängt wurde, wie andererseits häufig die landesherrlichen Beamten und der Landesherr selbst als Schiedsrichter fungierten. Man konstituierte sogar ein Schiedsgericht als Appellationsinstanz und schuf dadurch die dem alten deutschen Prozess unbekannte Appellation; und selbst das kam vereinzelt vor, dass man nichtstreitige Rechtsangelegenheiten durch Schiedsrichter ordnen liess, diesen also gewissermassen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertrug."[1])

Dieser von v. Lindheim im Anschluss an Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter Band 1, und Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien, treffend gekennzeichnete Rechtszustand ergibt für das receptum arbitri kaum etwas Erspriessliches. Besonderheiten, die bestanden haben mögen, sind durch die Reception fremden Rechtes, mit dem auch in das Schiedsrichterinstitut neue Normen eindrangen, verdrängt worden.

---

[1]) v. Lindheim a. a. O. S. 15 ff. Die obige Rechtsentwicklung ist auch mit Rücksicht auf die auffallende Tatsache wörtlich wiedergegeben worden, weil sich bei Mayer a. a. O. in § 2 S. 1, 2 und 3 eine fast wörtliche Wiedergabe der Ausführungen v. Lindheim's ohne Quellenangabe findet.

2. Abschnitt.

Fortsetzung. Neuere Kodifikationen.

I. Gemeines und gemeines preussisches Recht.

Für das gemeine Recht ist eine Konkretisierung des receptum zu einem rechtswirksamen Vertrage festzustellen. Das Rechtsverhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien hat sich zu einem klagbaren Vertrage verdichtet. Diese Erscheinung ist jedoch nicht damit zu erklären, dass sich auf Grund der Anschauung des kanonischen Rechts von dem Schiedsrichter als Vergleichsstifter und dem compromissum als einem Vergleiche der Gedanke Bahn bricht, „dass der Schiedsrichter mit der Vergleichsstiftung von den Parteien beauftragt werde.“ [1]) Das receptum als Vertrag ist kein Erzeugnis der Praxis, wie vielfach angenommen wird; diese hat ihm nur eine bestimmte juristische Qualität beigelegt, welche von dem Wesen des compromissum unabhängig ist.

Wir haben vielmehr gesehen, wie schon das römische Recht in allen seinen Entwickelungsstufen an dem reinen Parteivertrage des receptum festgehalten hat und dass auch im kanonischen Rechte das receptum als Vertrag dasteht. Es ist daher die Ansicht unrichtig, dass sich das receptum erst im gemeinen Rechte zu einem Vertrage entwickelt habe. Das gemeine Recht fand vielmehr im receptum einen Vertrag vor. Nur wurde diesem Vertrage auf Grund der Anerkennung des Grundsatzes der allgemeinen Klagbarkeit eines jeden Vertrages volle Rechtswirksamkeit verliehen.[2])

Diese Anschauung beherrscht fast die ganze gemeinrechtliche Literatur; nur über die Art des Vertrages herrscht bunte Meinungsverschiedenheit. Die ganze Fülle der verschiedenen Ansichten vorzunehmen, lohnt sich nicht. Die ältere gemeinrechtliche Lehre spricht durchweg von dem Mandatscharakter des receptum,[3]) wenn auch hier und da einige Besonderheiten betont werden. Daubenspeck [4]) hält das receptum für ein Mandatum, wenn Unentgeltlichkeit, dagegen für Dienstvertrag oder Innominatvertrag, wenn Entgeltlichkeit vorliege. Von diesem besonderen Umstande sieht Bornhak [5])

---

[1]) Bornhak a. a. O. S. 18, 21.
[2]) Mayer a. a. O. S. 60.
[1]) vgl. Glück a. a. O. S. 74, Sintenis a. a. O. Bd. 2, § 107.
[2]) a. a. O. S. 46.
[3]) a. a. O. S. 22. Die Ansicht Averdiecks (a. a. O. S. 10), dass Bornhak (S. 18) annehmen zu müssen glaube, erst Contius habe in seinen disputationes juris civilis (lib. I cap. 4, S. 524) die Vertragsnatur des receptum aus-

ab, bezeichnet das receptum für das gemeine Recht ebenfalls als Mandat und erkennt als den einzigen „praktischen“ Unterschied des receptum vom gewöhnlichen Mandat das Fehlen des freien Kündigungsrechtes des arbiter an.

Die Bedenken, die Matthiass[1]) und Weizsäcker[2]) gegen die Unterstellung des Mandatscharakters schon für das römische receptum erhoben haben, müssen auch für das gemeine Recht die Wirkung haben, dass man in dem receptum einen klagbaren, aber keinem besonderen Vertragstypus unterzuordnenden Vertrag sieht. Aus demselben Grunde kann auch die neuere gemeinrechtliche Konstruktion des receptum als eines mandatsähnlichen pactum praetorium, welches eine der privatrechtlichen Klage nahe kommende querela erzeuge, wegen ihrer unklaren Verschwommenheit nicht gebilligt werden.

„Das preussische Recht nahm das compromiss in der gemeinrechtlichen Entwickelung des 18. Jahrhunderts und mit der dem Polizeistaat eigentümlichen Abneigung auf. Die Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung über das compromiss sind im Gegensatz zu der sonstigen Weitschweifigkeit der preussischen Kodifikationen so dürftig, dass sie ohne Kenntnis des gemeinen Rechts kaum verständlich erscheinen.“[3]) Das Allgemeine Landrecht enthält weder über Schiedsvertrag noch über receptum irgend etwas. Die preussischrechtliche Literatur sucht die Vertragsnatur des receptum verschieden zu charakterisieren. Auf das gemeinrechtliche Mandatum, auf welches die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts anzuwenden seien, stossen wir bei Bornhak.[4])

Daubenspeck[5]) bezeichnet das receptum geradezu als eine Vollmachtserteilung; der Schiedsrichter erscheint nach ihm als Bevollmächtigter beider Parteien; dieses Rechtsverhältnis selbst stehe unter den entsprechenden Normen des Allgemeinen Landrechts.[6]) Der gleichen Ansicht sind Gruchot[7]) und v. Daniels.[8])

Während diese Schriftsteller sich an das gemeine Recht anlehnen, versuchen andere, dem receptum eine davon ab-

drücklich anerkannt, ist irrig; denn 1. sagt Bornhak a. a. O., dass sich der Mandatsbegriff des receptum schon bei Contius findet, 2. spricht Contius in der Tat nicht von der Vertragsnatur des receptum überhaupt, sondern von der Mandatsnatur desselben.

[1]) a. a. O. S. 28, 29.
[2]) a. a. O. S. 63, 64.
[3]) Bornhak a. a. O. S. 26.
[4]) Bornhak a. a. O. S. 27.
[5]) a. a. O. S. 42 ff. vgl. ferner v. d. Hagen a. a. O. S. 441, 447, 448, 454, 471, und v. Daniels, Handbuch, S. 302, Nr. 4.
[6]) A. L. R. § 5 ff. I. 13.
[7]) a. a. O. 16, 36.
[8]) a. a. O. (pr. Privatrecht IV) S. 196.

weichende Konstruktion zu geben. Als Vertrag über Handlungen das receptum darzustellen, versuchen Förster[1]) und Rehbein,[2]) „da die Parteien ihren Streit als Richter nicht entscheiden, sich dabei durch einen anderen nicht vertreten lassen können;“[3]) ferner Koch,[4]) der das receptum als einen mietsähnlichen Innominatkontrakt bezeichnet.

Das preussische Recht ist für die Entwicklung sowohl des Instituts im ganzen als des receptum unfruchtbar gewesen. Das für das gemeine Recht gefundene Ergebnis kann auch für das preussische Recht als richtig hingestellt werden.[5])

II. Französisches Recht.

Eine ausführlichere, aber auch komplizierte Regelung hat das Schiedsrichterinstitut im code de procédure civile gefunden.[6])

Was die rechtliche Natur des receptum angeht, so findet sich in der französischen Prozessordnung kein diese speziell bezeichnender Ausdruck. Die Tätigkeit des Schiedsrichters ist zwar in verschiedenen Wendungen zum Ausdruck gebracht — la mission (art. 1007), le ministère (art. 1011), les opérations des arbitres (art. 1014) —; aber das Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien ist nirgends mit einem bestimmten Ausdruck belegt.

Bornhak[7]) behauptet auch für das französische Recht, dass zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter kein Vertragsverhältnis bestehe. Zunächst ist seine Ansicht, dass der Umstand, das receptum sei kein Vergleich, auch zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter kein Mandatsverhältnis entstehen lassen könne, nicht schlüssig. Muss denn das receptum gerade ein Mandatum sein? Aber auch für seine Behauptung, dass zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter

---

[1]) Förster-Eccius I, S. 243.

[2]) Entsch. des pr. Obertrib. II S. 557.

[3]) vgl. hierzu Entsch. des Obertrib. 45, 438; Striethorst Archiv 27, 158; 41, 27 u. 209; Gruchot I, 481.

[4]) a. a. O. (Privatrecht) S. 483; Pr. Recht Bd. 1, S. 266; Bd. 2, S. 304 Anm. 6, S. 353 Anm. 30. Dagegen Daubenspeck a. a. O. S. 46 ff.

[5]) Averdieck a. a. O. S. 15.

[6]) art. 1003—1028. vgl. ferner Westgaliz. Gerichtsordn. (19. 12. 1796) § 360. Oesterr. Allg. Gerichtsordn. (1. 5. 1781) § 271. Prozessordn. v. Baden §§ 1061/1087, v. Bayern art. 1319/1344, Code de Genève art. 335/367; der Württemb. Prozessentw. v. 1847, art. 175/208· die preuss. Entwürfe zu einem Handelsges.-B. (art. 1046/1063) und zu einer Prozessordn. (§§ 1361/1389); der belgische uud der norddeutsche Entwurf (§§ 1155/1187).

[7]) a. a. O. S. 29.

überhaupt kein Vertragsverhältnis bestehe, bringt er nichts Ueberzeugendes. Der art. 1014: Les arbitres ne pourront se déporter si leurs opérations sont commencées: ils ne pourront être récusés si ce n' est pour cause survenue depuis le compromis[1]) — spricht in seinem ersten Satze zwar von einem freien Rücktrittsrechte (se déporter) des Schiedsrichters bis zum Beginn seiner Tätigkeit; dass er aber nachher nicht mehr zurücktreten kann, ist der beste Beweis für das Vorhandensein einer obligatorischen Gebundenheit.[2]) Wenn nun Bornhak fortfährt: „während das Mandat durch blosse Willensübereinstimmung verbindlich wird," so ist hieran zunächst zu beanstanden, dass die Berufung auf eine Eigenschaft eines ganz bestimmten Vertrages, des Mandates, unzulässig ist, wenn bewiesen werden soll, dass überhaupt kein Vertrag vorliege. Sodann ist der Hinweis auf art. 1009 geradezu unverständlich; denn dieser spricht gar nicht von dem Zustandekommen des Mandats, sondern enthält eine Aufstellung der Rechte, über welche on ne peut compromittre. Dagegen ist das receptum nach Ansicht mehrerer französischer Schriftsteller ein Vertrag, und zwar Mandat, z. B. bei Merlin, Recueil de question de droit Bd. 5, S. 125: „C'est le compromis qu' elle (i. e. la décision arbitrale) tire toute sa substance, elle a donc, comme le compromis, le caractère de contrat; et dans l' exacte vérité, elle n' est que l'exécution du mandat que les parties ont confié aux arbitres; elle n'est même à proprement parler qu'une convention que les parties ont souscrite par les mains de ceux-ci." Aehnlich Foelix-Demangeat: Droit International 2. Aufl. Bd. 2, S. 157 ff.

Man muss auch für das französische Recht an der allgemeinen Vertragsnatur des receptum festhalten. Das obligatorische Beziehungen zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter vorhanden sind, beweist auch art. 1008: „Pendant le délai de l'arbitrage, les arbitres ne pourront être revoqués que du consentement unanime des parties" — und deshalb mag der Rücktritt des Schiedsrichters nach Beginn des Verfahrens zum Schadensersatze verflichten, nicht, weil dieser nach Beginn des Verfahrens ein Haftungsgrund ist;[3]) ein Vertrauensbruch kann auch der Rücktritt des Schiedsrichters vor dem Beginn des Verfahrens sein.

---

[1]) Schlink a. a. O. S. 334: „Weil indessen dieselben nicht physisch gezwungen werden können, in der Sache zu erkennen, so löst sich ihre Verbindlichkeit in Schadensersatz auf (art. 1142 des C.-G. B), und es fällt schwer, diese Entschädigungsklage in quanto zu begründen."

[2]) Schlink a. a. O. S. 318 bezeichnet diese als Mandat nach art. 1984 des C.-G. B.

[3]) Bornhak a. a. O. S. 33.

Die einzige positive legale Regelung hat das receptum im Dresdener Entwurf eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (art. 1041, Abs. 1) und in dem sächsichen bürgerlichen Gesetzbuch gefunden; im letzteren bestimmt der § 1421[1]) des etwas knapp mit „Uebereinkommen auf Schiedsspruch" bezeichneten Abschnitts ausdrücklich, dass das receptum nach den Vorschriften über den Auftrag zu behandeln sei, ohne indes zu sagen, dass es selbst ein Auftrag sei.

III. Die Haftung des Schiedsrichters.

Was die Verpflichtung des Schiedsrichters zur Abgabe eines Schiedsspruches angeht, so ist zu bemerken, dass es eine Folge der jetzt unmittelbar verbindlichen Kraft der Schiedsverträge ist, dass sie nicht von einer dem Schiedsvertrage beigefügten Strafbestimmung abhängig ist; der Schiedsrichter kann sich vielmehr, ohne dass dem Schiedsvertrage eine Strafbestimmung beigefügt ist, zur Abgabe der Sentenz verpflichten. Die Ansicht André's[2]) indessen, dass nach römisch-rechtlicher Anschauung das Vorhandensein einer Strafbestimmung Voraussetzung der Schiedsrichterverpflichtung gewesen, bedarf insofern einer Berichtigung, als nach römischem Rechte von der poena compromissa lediglich die Zwangsfolge, nicht aber das Zustandekommen der im receptum übernommenen Verpflichtung abhängig ist.

1. Die Erwägung, dass das receptum, welche spezielle juristische Qualität man ihm auch beilegen mag, auf jeden Fall ein Vertrag ist, der lediglich den Normen des Privatrechts unterworfen ist, führt notwendigerweise zunächst zu der allgemeinen Folgerung, dass die Haftung des Schiedsrichters eine kontraktliche ist. Nur nimmt diese Haftungsart eine der dem receptum jedesmal beigelegten Vertragsqualität entsprechende Färbung an.

Die Haftung des Schiedsrichters lässt sich daher in der Weise kennzeichnen, dass in Konsequenz der Mandatsnatur des receptum die Annahme des Auftrages zur Ausführung verpflichtet, welche mit der actio mandati directa erzwungen werden kann. Die im receptum übernommene Leistung ist sowohl an sich als auch in diesem Falle kraft des Auftragscharakter des receptum eine höchst persönliche.

[1]) „Das Verhältnis zwischen den Vertragschliessenden und dem Schiedsmanne ist nach den Vorschriften über die Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurteilen."

[2]) a. a. O. S. 19.

Für Verschulden haftet der Schiedsrichter wie ein gewöhnlicher Mandatar, hat die Diligenz zu beachten, die er auf seine eigenen Geschäfte zu verwenden pflegt und in dubio für mässiges Versehen einzustehen.[1]) Nach gemeinem Recht haftet er für omnis culpa, also auch für culpa levis. Hat er sich ein Honorar ausbedungen, so ändert sich der Grad der Haftung nicht: es geht gegen ihn die actio conducti operarum oder eine actio praescriptis verbis, je nachdem man in diesem Falle das receptum als Dienstmiete oder Innominatvertrag auffasst.

Die positive Regelung des receptum im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch ergibt für dessen Geltungsgebiet die actio mandati.[2])

2. Obwohl die kontraktliche Haftung des Schiedsrichters infolge der Vertragsnatur des receptum jede andere Art von Haftung auszuschliessen scheint, eben wegen der obligatorischen Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien, ist man in Theorie und Praxis sowohl des gemeinen als auch des preussischen Rechts auf Grund verschiedener Erwägungen dazu gekommen, andere Haftungsarten aufzustellen.

Man ist dabei bald weniger, bald mehr von dem Vorhandensein des receptum abgegangen.

Die Ansicht des Reichsgerichts[3]) für das A. L. R. geht dahin, dass der Schiedsrichter zwar kontraktlich hafte, aber nur in beschränktem Masse. Das im receptum vorhandene Vertragsverhältnis ist notwendiger Ausgangspunkt. Der Schiedsspruch ist Vertragsleistung; aber auch die Eigenartigkeit des Vertrages lässt eine allgemeine, unbeschränkte kontraktliche Haftung und eine Haftungsabstufung wie bei den Verträgen über Handlungen nicht zu, sondern verlangt eine Beschränkung der Haftung aus einem unrichtigen Schiedsspruch.

Diese bisher wenn auch beschränkte, aber doch reine Vertragshaftung wird nun durch ein ausserhalb des Vertrages stehendes Moment getrübt. Das Reichsgericht verkennt zwar nicht, dass die Stellung des arbiter keine öffentlichrechtliche ist, aber es ist der Ansicht, dass die der schiedsrichterlichen Tätigkeit, die noch freier sei, als die des ordentlichen Richters, innewohnende richterliche Natur jede strenge Vertragshaftung ausschliessen müsse, und erachtet eine Beschränkung der Schiedsrichterhaftung nach den für den Spruchrichter massgebenden Normen für geboten.

---

[1]) A. L. R. I. 13. § 55 ff. Hierzu Gruchot 16, 36, auch für das gem. Recht. v. Daniels (Handbuch) S. 307, 321, 322.

[2]) vgl. dazu R. G. 41 Nr. 69. Seuff. Archiv Bd. 25 Nr. 107.

[3]) R. G. Bd. 41 Nr. 69 (vergl. Seuff. Archiv Bd. 54 Nr. 86).

Das heisst also: das receptum ist ein Vertrag, aber es ist ein eigenartiger Vertrag. Sobald nun die Haftung des Schiedsrichters in Frage steht, ist diese Eigenartigkeit im stande, die Vertragsnatur des receptum überhaupt aufzuheben und eine ausserkontraktliche Haftung eintreten zu lassen.

Ob diese Ansicht, die auch Delius[1]) vertritt, als die für das Geltungsgebiet des A. L. R. allein gültige anzusehen ist, wie Averdieck[2]) meint, mag dahingestellt bleiben; ganz ohne juristische Bedenken ist sie nicht; der Anschauung des Reichsgerichts, dass die Schiedsparteien im receptum — das compromissum kann nicht in Betracht kommen — von vornherein ihren Verzicht auf privatrechtliche Schadensersatzansprüche gegen den Schiedsrichter kundgegeben haben, muss energisch widersprochen werden.

Auf jeden Fall entbehrt diese Art der Haftung nicht einer eigentümlichen Konstruktion. Sie kann aber nicht als „Haftung des Schiedsrichters wie ein Richter, aber mit Rücksicht auf die kontraktliche Basis“ bezeichnet werden, wie Averdieck[3]) sich etwas schief ausdrückt; denn für die Haftung wird das receptum als kontraktliche Grundlage nicht nur nicht berücksichtigt, sondern vielmehr beiseite geschoben.

3. Der Annahme einer deliktischen, also ausserkontraktlichen Haftung des Schiedsrichters steht von vornherein der Umstand entgegen, dass das receptum des gemeinen und preussischen Rechts allgemein als Vertrag angesehen wird. Die durch die Abgabe eines unrichtigen Schiedsspruchs erfolgte Schadensverursachung wird an sich schwerlich von dieser kontraktlichen Grundlage losgelöst werden, also kein Delikt sein können. Eine ausserkontraktliche Haftung können im Grunde nur diejenigen konstruieren, die das receptum eben nicht als Vertrag auffassen.

Dazu müsste noch durch das Verhalten des Schiedsrichters ein besonderer Deliktstatbestand erfüllt sein. Dem römischen Recht war ein allgemeiner Deliktstatbestand unbekannt; es knüpfte einen Deliktsanspruch an spezialisierte Tatbestände, die genau umgrenzt waren, da die Deliktsklagen verschiedenartig bemessene Strafen androhten. Das gemeine Recht suchte zwar die einzelnen Deliktstatbestände stetig zu verallgemeinern, indem an die Stelle der römischen Strafe der Gedanke der Ersatzpflicht trat. Eine allgemeine Ersatzpflicht für Vermögensschaden besteht nicht. Erst das A. L. R. (I. 6.

---

[1]) a. a. O. S. 78.
[2]) a. a. O. S. 53.
[3]) a. a. O. S. 51. Ueberschrift zu § 12.

§ 1,8) gibt einen einheitlichen Deliktsbegriff[1]) Für das gemeine Recht wird, wenn nicht ein spezieller Deliktstatbestand vorlag, die subsidiäre actio de dolo Anwendung gefunden haben; hier haftet der Schiedsrichter nur für dolus, dort für omnis culpa. Dieser für den Schiedsrichter in Betracht kommenden allgemeinen Deliktshaftung steht der besondere Fall der Syndikatsklage gegenüber. Erörterungen über Ursprung und Wesen dieser Klage soll hier kein Raum gewährt werden.[2]) Vom judex, qui litem suam facit, und agrimensor bis zum Schiedsrichter ist ein weiter Weg. Zur Rechtfertigung einer analogen Anwendung der Syndikatsklage auf den Schiedsrichter gehört mehr als der Umstand, dass dieser wie der Spruchrichter Rechtsstreite entscheidet. Mit der Aehnlichkeit ist es nicht so weit her, wie Averdieck[3]) meint. Matthiass[4]) gibt ein geradezu unwiderlegliches Extrakt. Die Parteiverträge stehen ständig im Mittelpunkt des Instituts. Eine Vergleichung der beiden Institute ist daher mindestens überflüssig, „da die Grundlagen fortgesetzt gänzlich heterogener Natur sind. Was auf beiden Seiten identisch erscheint, ruht oft auf ganz verschiedener juristischer Basis. In den auffälligen Aehnlichkeiten müssen wir sofort ebenso viele materielle Verschiedenheiten erblicken.“[5])

Die Aehnlichkeit von arbiter und judex ist nur eine faktische.[6]) Die kontraktliche Basis darf unter keinen Umständen ausser Betracht gelassen werden. Die Zulassung der Syndikatsklage bedingt ein nicht geringes Mass von Willkür.

Auf die Kontroverse, ob die Syndikatsklage eine Haftung nur für dolus oder auch für culpa lata enthalte, soll nicht näher eingegangen werden.[7])

Hiermit kann die Rückschau auf die Rechtsverhältnisse, welche für das receptum und die Haftung des Schiedsrichters aus dem receptum massgebend sind, beendet werden. Die in Betracht kommenden Civilrechtsnormen sind durch art. 55 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt worden.

---

[1]) Ihm folgte art. 1382 des Code civil und art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts.

[2]) vgl. die Ausführungen Averdiecks a. a. O. S. 43 ff.

[3]) a. a. O. S. 44.

[4]) a. a. O. S. 148/149.

[5]) Dazu Weizsäcker a. a. O.; Brinz a. a. O. Zu weitgehend von Lindheim a. a. O. an mehreren Stellen, z. B. S. 30.

[6]) Hierzu besonders Kohler a. a. O. S. 470 ff.

[7]) Windscheid a. a. O. S. 695 (§ 470 Anm. 1). Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 740. Werner a. a. O. S. 34. vergl. auch die in Simon-Strampff Bd. 3 Nr. 30 enthaltene Entscheidung des Königl. Obertribunals vom Jahre 1838.

IV. Art. 55 E. G. B. G. B. Art. 14 E. G. C. P. O. Art. 2 R. V.

Was die im 10. Buche der Reichscivilprozessordnung enthaltenen materiellrechtlichen Bestimmungen angeht, so muss der Art. 14 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. ausgeschaltet werden. An seine Stelle tritt der im Art. 2 der Reichsverfassung zur Geltung gekommene Satz, nach welchem Reichsrecht dem Landrecht vorgeht. Die C. P. O. hat das bisherige materielle Recht nur insoweit aufgehoben, als es ihren eigenen materiellen Vorschriften widerspricht.[1]) Das ist für die materiellrechtliche Natur des receptum von der grössten Bedeutung.

---

[1]) Ueber die Aufnahme des ganzen Instituts in die C. P. O. vgl. Hayum (Einleitung); Mayer a. a. O. S. 4 ff.; v. Lindheim a. a. O. S. 18 ff. Bei Mayer S 4 findet sich eine mit v. Lindheim S. 18 wörtlich übereinstimmende Ausführung, wieder ohne Quellenangabe.

III. Hauptteil.

Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters nach geltendem Recht.

1. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des receptum.

Ueber die rechtliche Natur des receptum enthält das geltende Recht keine Bestimmungen; dass wir dann auch keine Vorschriften über die Haftung des Schiedsrichters finden, kann nicht auffallen.

In der Literatur vermissen wir jegliche Einhelligkeit in der Auffassung des receptum. Jedoch sind drei Hauptrichtungen deutlich zu unterscheiden: Die erste leugnet den Vertragscharakter des receptum und lässt dementsprechend eine ausserkontraktliche Haftung eintreten; die zweite fasst das receptum als Vertrag auf und lässt daraus für den Schiedsrichter eine rein kontraktliche Haftung hervorgehen; die dritte Richtung endlich geht von der Vertragsnatur des receptum aus, will aber eine kontraktliche Haftung nicht zulassen.

I. Bornhak[1]) lehnt die Vertragsnatur des receptum ab und begründet seine Ansicht mit dem Hinweis auf das Fehlen jeglichen Zwanges gegen den Schiedsrichter auf Erfüllung der von ihm übernommenen Pflichten. Ihm schliessen sich Averdieck[2]) und Overesch[3]) an. Meltz[4]) verwirft ebenfalls den Vertragscharakter des receptum; er beruft sich dabei mit Unrecht auf Planck,[5]) welcher l. c. von dem Schiedsrichter als Nichtbeamten spricht, ohne dessen Verhältnis zu den Parteien zu berühren.

II. Die Möglichkeit gegen den Schiedsrichter nach den Bestimmungen der C. P. O. (§ 888) auf Grund des receptum

---

[1]) a. a. O. S. 38.
[2]) a. a. O. S. 16.
[3]) a. a. O. S. 47, wo die Klagbarkeit verneint wird.
[4]) a. a. O. S. 72.
[5]) a. a. O. S. 638.

die Zwangsvollstreckung zu betreiben, geben Struckmann-Koch[1]) und Mayer[2]) zu.[3]) Für die Klagbarkeit des receptum haben sich ferner ausgesprochen Gaupp-Stein,[4]) welcher die Möglichkeit einer Erfüllungsklage überhaupt bejaht, dagegen die einer Erzwingung der schiedsrichterlichen Tätigkeit nach § 888 C. P. O. verneint, und Seuffert,[5]) der auch eine Zwangsvollstreckung nach § 888 C. P. O. zulässt, in ihren Kommentaren zur C. P. O.

Rechtsgiltige Vertragsnatur legt dem receptum ausser Windscheid-Kipp[6]) bei Endemann,[7]) der mit der Annahme der Berufung durch den erwählten Schiedsrichter einen Auftrag oder Werkvertrag zustande kommen lässt, „je nachdem er die Geschäftsbesorgung (B. G. B. § 675) unentgeltlich oder gegen Entgelt übernimmt. Danach ist Klage auf Erfüllung oder Schadensersatz möglich (R. 18, 369).“ Seuffert[8]) sagt von den Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien: „Die Uebernahme des Schiedsrichteramtes erfolgt durch das auf Ansuchen einer oder beider Parteien gegebene Versprechen des von den Parteien oder vom Gerichte ernannten Schiedsrichters, als Schiedsrichter tätig zu werden. Dieser Tatbestand enthält die Merkmale eines obligatorischen Vertrages.“ Aehnlich Gaupp-Stein,[9]) der in dem receptum Auftrag oder Dienstvertrag sieht und Haftung für Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes eintreten lassen will; ferner Petersen,[10]) der das receptum als Auftrag oder Werkvertrag auffasst.

III. Bei dem Schweigen des geltenden Rechts muss die Frage nach der rechtlichen Natur des receptum und der Haftung des Schiedsrichters nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beantwortet werden.

Warum soll das receptum nach dem geltenden Recht kein Vertrag sein? Der heftigste Gegner des receptum als eines Vertrages ist Bornhak.[11]) Er sagt: „Das römische Recht kennt einen solchen Vertrag nicht, sondern nur eine Verpflichtung des Schiedsrichters kraft öffentlichen Rechts. Die gemeinrechtliche Auffassung des receptum als eines mandatsähnlichen

---

[1]) a. a. O. Anm. 4 zu § 1031 (a. M. Crome, System, I. § 131 Nr. 2).
[2]) a. a. O. S. 105.
[3]) v. Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 854.
[4]) a. a. O. Vorbem. Ziff. 3 zu § 1025.
[5]) a. a. O. Vorbem. Ziff. 6 zu § 1025.
[6]) a. a. O. S. 521.
[7]) a. a. O. S. 551 Nr. 20, 21. Ferner Jur. Wochenschr. 1899, S. 165[13].
[8]) a. a. O. S. 756.
[9]) a. a. O. S. 899.
[10]) a.a. O. N. 4 zu § 1028.
[11]) a.a. O. S. 38.

Vertrags hängt auf das engste zusammen mit der Vergleichsnatur des Compromisses. Die Civilprozessordnung hat den Zwang gegen den Schiedsrichter, der im römischen Rechte ein öffentlichrechtlicher, im gemeinen Rechte ein obligatorischer war, vollends fallen gelassen. Für einen Vertrag scheint daher kein Raum zu sein."

Demgegenüber muss zunächst darauf hingewiesen werden, dass die rechtshistorische Untersuchung für das römische Recht das Ergebnis hatte, dass das receptum schon hier ein vertragsmässiges Rechtsverhältnis zwischen dem arbiter und den Kompromittenten darstellte, aus welchem aber keinerlei Haftung für den Schiedsrichter hervorging.

Für das gemeine und preussische Recht konnte eine Konkretisierung dieses Rechtsverhältnisses zu einem rechtsgiltigen Vertrage nachgewiesen werden, eine Klassifizierung und Subsumierung des receptum unter einen in der Rechtsordnung schon vorhandenen Vertragstypus dagegen nicht stattfinden; dabei war es möglich, eine kontraktliche Haftung des Schiedsrichters festzustellen.

Die Versuchung, die rechtshistorisch ermittelte Vertragsnatur auch in das geltende Recht hinüberzunehmen, liegt daher jedenfalls nahe; dies für das geltende Recht zu unterlassen, dafür müssten beträchtliche Gründe vorliegen.

Zunächst kann der Behauptung Bornhak's, dass die C. P. O. jeglichen Zwang gegen den Schiedsrichter fallen gelassen habe, nicht beigepflichtet werden. Wenn sich in der C. P. O. keine Bestimmung darüber findet, welche Klage gerade gegen den Schiedsrichter gegeben sein soll, so geht daraus noch keineswegs hervor, dass die C. P. O. überhaupt keinen Zwang gegen ihn zulassen will. Umgekehrt kann vielmehr eher aus dem Umstande, dass die C. P. O. nicht verbis expressis den Parteien einen rechtlichen Zwang gegen den Schiedsrichter versagt, der Schluss gezogen werden, dass sie einen solchen Zwang stillschweigend zugibt. Das ist auch die Ansicht zahlreicher Schriftsteller. Der Ausschluss der Klage oder des Zwanges hätte im Gesetz unbedingt ausdrücklich betont werden müssen. „Die C. P. O. hat die Klage auf Erfüllung des receptum nicht beseitigt, sondern nur Bestimmungen getroffen, welche es den Kompromittenten ermöglichen, auch ohne Prozess mit dem Schiedsrichter zum Ende, das ist zur Erledigung des Streites, zu kommen (§ 1033)." [1])

Dieses formelle und nur scheinbare Fehlen eines rechtlichen Zwanges im Gesetze kann also die Ansicht, dass das receptum des Vertragscharakters entbehre, nicht begründen;

[1]) R. G. 59, 250.

denn § 1033 C. P. O. sagt nur, dass der Schiedsrichter vom Vertrage zurücktreten kann, aber er versagt den beim Schiedsvertrage verbleibenden Parteien nicht das Recht, den Schiedsrichter zur Abgabe des Schiedsspruches zwingen zu können.[1])

Die Verpflichtung des Schiedsrichters aus dem receptum hat die C. P. O. vollkommen unberührt gelassen; sie gehört dem materiellen Recht an. Doch bleiben wir vorerst noch bei der Prozessordnung. Wenn die Motive zum B. G. B. die immerhin auffallende Tatsache, dass compromissum und receptum im materiellen Recht keine besondere Regelung erfahren haben, damit begründen, dass die Vorschriften der C. P. O. vollkommen genügten, so bezeichnen sie diese beiden Rechtsgebilde auch für die C. P. O. ausdrücklich als „Verträge"; insbesondere wird das receptum neben dem compromissum als ein besonderer Vertrag genannt. Dazu kommt noch, dass dementsprechend die C. P. O. selbst im § 1033 das Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien geradezu als „Vertrag" bezeichnet, wonach der Schiedsvertrag ausser Kraft soll, „wenn der Schiedsrichter von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt." Bornhak sieht hierin nur eine Erinnerung an das gemeinrechtliche receptum und meint, um mehr als blosse Worte handle es sich nicht. Warum? Schon die Uebereinstimmung zwischen den Motiven zum materiellen und dem geltenden formellen Recht lässt eine Billigung dieser Ansicht kaum zu. Aber auch sachliche Gründe nicht.

Wenn das Gesetz den Ausdruck „Vertrag" gebraucht, so will es damit weder einen tatsächlichen Zustand, dem jede rechtliche Qualifikation fehlt, noch eine einseitige Willenserklärung, noch auch ein Rechtsgeschäft bezeichnen, dem die wensentlichen Eigenschaften eines „Vertrages" ermangeln, sondern eben und nur einen Vertrag im Rechtssinne. Das müsste doch ein seltsames Gesetz sein, welches von Vertrag redet und einen Begriff meint, der nicht das ist, was das Gesetz selbst unter Vertrag versteht. Die Zweiseitigkeit des im receptum zustande kommenden Rechtsgebildes lassen überdies die Worte „mit ihm abgeschlossenen" deutlich erkennen.[2])

Seine entgegengesetzte Ansicht sucht Bornhak damit zu begründen, dass „ein Vertrag, der keinen der vertragschliessenden Teile bindet, dem Wesen des Vertragsbegriffes widerspricht." X und Z schliessen einen obligatorischen Vertrag auf Uebertragung von Grundstückseigentum nach § 313 des B. G. B., in welchem sich beide Teile freies Rücktrittsrecht vorbehalten. Ist dadurch die rechtliche Existenz

---

[1]) So auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 522.
[2]) Uebereinstimmend Schulte-Westhoff a. a. O. S. 75.

des Vertrages gefährdet? Gewiss nicht. Der Vertrag hat sicherlich Bestand bis zur Geltendmachung des Rücktrittsrechtes. Sind denn beim receptum beide Teile so ungebunden? Der § 1033 der C. P. O. gibt dem Schiedsrichter ein — man könnte fast sagen — ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Den Parteien ist aber sicherlich nicht damit gedient, dass der Schiedsrichter seine Tätigkeit, zu der er sich ihnen gegenüber verpflichtet hat, beginnt, sie nahe zum Abschluss bringt, dann aber plötzlich, ohne einen Schiedsspruch abzugeben, einstellt; die Parteien wollen doch ein Resultat sehen, eine Entscheidung ihres Rechtsstreits.

Wenn sich Bornhak auf das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters vom receptum (§ 1033 C. P. O.) beruft, so muss gerade dieses Rücktrittsrecht, anstatt seine Ansicht zu retten, ihr verderblich werden. Der Rücktritt ist eine Willenserklärung, die den Zweck hat, ein Rechtsverhältnis aufzuheben. Diesen Zweck haben nun zwar auch andere einseitige Willenserklärungen, z. B. die Kündigung; aber der Rücktritt nimmt unter diesen Willenserklärungen eine Sonderstellung ein.

Was die Voraussetzungen des Rücktritts angeht, so hat er mit den anderen, den gleichen Zweck verfolgenden Willenserklärungen zwar die gemeinsam, dass überhaupt ein Rechtsverhältnis vorhanden sein muss; aber der Rücktritt setzt — und darin besteht seine Eigenart — ein Rechtsverhältnis von bestimmter juristischer Qualität voraus. Diese juristische Qualität ist der „Vertrag“: der Rücktritt ist eine Willenserklärung, welche auf Beseitigung der obligatorischen Gebundenheit gerade bei einem Vertrage gemünzt, aber auch darauf beschränkt ist. Von dem Testamente, von der Anerkennung familienrechtlicher Beziehungen kann man nicht „zurücktreten“; denn „das Rücktrittsrecht ist nur anwendbar bei einem bereits zustande gekommenen wirksamen Vertrage“.[1])

Dass die Lösung der zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen durch Rücktritt des Schiedsrichters erfolgt, hat seine guten Gründe. Diese liegen in den eigentümlichen Folgen der Ausübung des Rücktrittsrechtes. Der Schiedsrichter soll nach § 1033 C. P. O. vom Vertrage ausgerechnet zurücktreten können, nicht ihn anfechten oder kündigen oder sonst einseitig aufheben, ohne dass das Aufhören des receptum für ihn wie für die Parteien Folgen hätte; denn der Rücktritt hat zunächst die direkte Wirkung, die schon bestehende obligatorische Gebundenheit zu beseitigen: sodann hat er aber auch die Eigenschaft, Forderungen zu er-

[1]) Endemann a. a. O. S. 850.

zeugen auf Rückgängigmachung der Rechtsfolgen, die schon eingetreten sind.

Diese direkte wie indirekte Wirkung haben zusammen den Zweck, den Zustand wieder herzustellen, welcher vor dem Vertragsabschlusse bestanden hat. Doch erzielt die Geltendmachung des Rücktritts nicht eine dingliche, auch gegen Dritte wirksame Aufhebung aller eingetretenen Rechtsfolgen, auch entsteht dadurch nicht ipso jure ein neues Schuldverhältnis; sondern das B. G. B. lässt eine obligatorische Verpflichtung der Parteien zur Rückgabe der empfangenen Leistungen dadurch entstehen, dass das bisherige Schuldverhältnis sich inhaltlich in einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr umwandelt, welcher von dem Inhalte und der Wirksamkeit des Grundvertrages abhängig ist (Endemann a. a. O. S. 851 N. 28); die dadurch entstehenden Verpflichtungen gelten wie solche aus gegenseitigen Verträgen.

Diese Ausführungen mögen zu dem Nachweise genügen, dass die C. P. O., wenn sie den Ausdruck „Rücktritt vom Vertrage" gebraucht, nur ein Rechtsverhältnis mit den wesentlichen Eigenschaften und Folgen des Vertrages gemeint haben kann. Es handelt sich also um mehr als um blosse Worte. Für diese Annahme sprechen so wichtige Umstände, dass die Beweisführung Bornhak's — der uns übrigens nicht verrät, welcher rechtlichen Natur das receptum denn sein möge — mindestens als dürftig bezeichnet werden muss[1])

Dazu kommt noch, dass Bornhak sich an die C. P. O. klammert, ohne das geltende materielle Recht zu berücksichtigen. Für das receptum wenigstens. Er will zur Not die Möglichkeit eines Vertrages zwischen Schiedsrichter und Partei zugeben. Aber er hat dabei nicht das receptum im Auge, sondern das Versprechen einer Konventionalstrafe seitens des Schiedsrichters für den Fall seines einseitigen[2]) Rücktritts und die Vereinbarung eines Honorars. Wenn Bornhak diese Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien als Nebenverträge[3]) bezeichnet, so ist das kein Gewinn für seine Ansicht; eher ein Verlust: Nebenverträge schliessen sich, wie schon der Ausdruck andeutet, in der Regel begrifflich an einen schon bestehenden Vertrag an. Was das Versprechen einer Konventional-Vertragsstrafe anbelangt, so kann von einer Strafe nur da die Rede sein, wo eine Schuld vorhanden ist; d. h. wo die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit die

---

[1]) vergl. bei Gaupp-Stein a. a. O. S. 896 Anm. 1 das „oberflächlich" in der Klammer.

[2]) Das Rücktrittsrecht wird stets ausgeübt durch eine einseitige Willenserklärung.

[3]) Ebenso Averdieck a. a. O. S. 16.

Wirkung irgend welcher Strafe hat. Vom Standpunkte des Rechts aus kann eine Strafe, die auch im Recht als solche gelten soll, nur da Anerkennung finden, wo die Verletzung von Verbindlichkeiten gegeben ist, welche auch gesetzlich als Verbindlichkeiten Geltung haben. Da somit nicht an die Verletzung einer beliebigen Verbindlichkeit eine Strafe geknüpft werden kann, so liegt in der Zulässigkeit einer Strafe im Anschluss an das receptum die Anerkennung der Rechtsgültigkeit der darin formulierten Verbindlichkeit.

Die Ansicht Averdieck's,[1]) aus den Vorschriften der C. P. O. folge (!), dass ein Vertrag zwischen Parteien und Schiedsrichter überhaupt nicht mehr anzunehmen sei, eine Ansicht, die er entgegen der Auffassung der Motive, entgegen der Entscheidung des Reichsgerichts, entgegen der Ansicht vieler Theoretiker unbedingt als die richtige verfechten zu müssen glaubt, dürfte wohl irrig sein.

Zu der Annahme, das Verhältnis des Schiedsrichters zu den Parteien nicht als Vertrag aufzufassen, liegt um so weniger Veranlassung vor, als die C. P. O. nicht ausdrücklich sagt, dass das receptum kein Vertrag sei: will man das receptum als Dienstvertrag oder Werkvertrag[2]) ansehen, so wäre der Inhalt des Vertrages die Verpflichtung des Schiedsrichters als Schiedsrichter tätig zu werden und einen Schiedsspruch abzugeben. Mit anderen den Vertrag als Auftrag aufzufassen, wird nach dem heutigen Recht in den Fällen nicht möglich sein, in welchen der Schiedsrichter seine Verpflichtung gegen Entgelt übernimmt, da das B. G. B. die entgeltliche Geschäftsbesorgung nicht mehr wie das A. L. R. als Auftrag zulässt; dagegen kann man in dem Rücktrittsrecht des Schiedsrichters (§ 1033) ein dem freien Kündigungsrecht des Beauftragten (§ 671 B. G. B.) analoges Moment finden.[3])

Das receptum ist ein Vertrag. Aber es ist ein eigenartiger Vertrag. Wenn die streitenden Parteien sich darin einigen, unter Umgehung des ordentlichen Prozessweges einer Privatperson die Entscheidung ihres Rechtsstreits anheimzugeben, „so übertragen sie ihm damit ihre Rechte, über den Streitgegenstand zu verfügen, wobei sie voraussetzen, dass er als billig denkender Mann handeln werde.“ [4]) Die Uebernahme der schiedsrichterlichen Entscheidung ist eine mit juristischer Wirksamkeit bekleidete Privatgefälligkeit, da der Schiedsrichter durch Annahme des Parteiersuchens sich verpflichtet, „dass

---

[1]) Averdieck a. a. O. S. 58.

[2]) Dazu Seuffert a. a. O. S. 756 (Z. 6. Vorbem. zu § 1025).

[3]) Ueber die Frage, ob der Schiedsrichter zu gleicher Zeit Mandatar beider Parteien sein könne, s. Daubenspeck a. a. O. S. 42.

[4]) Daubenspeck a. a. O.

er mit seinem Schiedsspruche den Streit der Kompromittenten aus der Welt schaffen und endgültig unter ihnen festsetzen wolle, was Rechtens ist.“ [1])

Dabei ist die Stellung des Schiedsrichters eine Vertrauensstellung, von der Donellus [2]) sagt:

„Quia fidunt videlicet prudentiae et aequitati arbitri, sive quod eum norunt, sive quod eum bene erga se affectum existimant.“

Dieses Vertrauen, welches seine Verpflichtung umhüllt, erhebt ihn gewissermassen über die Parteien: seine Vertragsverpflichtung hat ein so eigenartiges Gepräge, dass das receptum nicht direkt wie ein Auftrag oder Dienstvertrag oder Werkvertrag zu behandeln ist.[3]) Die Tätigkeit des Schiedsrichters unterscheidet sich eben durch ihr Wesen von der Geschäftsbesorgung des Beauftragten, von der Dienstleistung des Dienstverpflichteten, von der Werkleistung des Unternehmers. Das receptum arbitri „ist ein rein zivilistischer Vertrag, ein Vertrag dahin, dass der arbiter eine Leistung übernimmt, und zwar eine Leistung über privatrechtliche Interessen der Gegenkontrahenten.“ [4])

Wozu also das mühevolle Bestreben, das receptum als Vertrag unter Anwendung von mehr oder weniger Willkür in eine in der Rechtsordnung schon vorhandene Vertragskategorie hineinzuzwängen? [5])

Das eigenartige Gepräge, welches die Verpflichtung des Schiedsrichters an sich trägt, ist keineswegs imstande, das Rechtsverhältnis zwischen Parteien und Schiedsrichter seines Charakters als eines obligatorischen Vertrages zu berauben. Jeder Vertrag hat seine Eigenart. Der Schiedsrichter ist Vertragsschuldner; das genügt; dem receptum eine besondere systematische Stelle anzuweisen, wie es Kohler [6]) versucht, nach dessen Ansicht dem receptum eine ähnliche Stelle gebühre wie dem Vertrage des Advokaten, Rechtslehrers etc., ist gar nicht erforderlich; „jedenfalls ist es für das heutige Recht unrichtig, zu behaupten, dass aus dem Vertrage keine rein privatrechtliche Obligation entspringe,“ [7]) mag man sich

---

[1]) R. G. 59, 248.

[2]) comm. de jure civ. XXVIII c. 10. Nr. 9. pag. 563.

[3]) vgl. im einzelnen Neutze, S. 23—25.

[4]) Gruchot 31, 324.

[5]) Schulte-Westhoff sieht S. 78 im receptum einen Werkvertrag im Sinne des § 675 B. G. B.

[6]) Krit. Viertelj. 22. S. 468.

[7]) vgl. dazu die in sich selbst widerspruchsvolle Ansicht Weizsäckers a. a. O. S. 65 und 73, während Brinz a. a. O. S. 200 der Abhandlung Weizsäcker's den Erfolg zuspricht, „dass man in Hinkunft das compromissum samt receptum und arbitrium nicht mehr unter den Obligationen oder unter der Auf-

auch darüber streiten, ob das compromissum ein prozessrechtlicher oder materiellrechtlicher Vertrag sei.

Das B. G. B. hat in seinem zweiten Buche den Kreis der Schuldverhältnisse nicht erschöpfend behandelt, auch nicht erschöpfend behandeln wollen. Wie es den Trödelvertrag,[1]) den Garantievertrag und das constitutum debiti alieni[2]) unberücksichtigt gelassen hat, ohne diesen Rechtsinstituten jede Existenzberechtigung abzusprechen, warum sollen wir aus dem Umstande, dass auch das receptum nicht positiv geregelt worden ist, schliessen, das receptum arbitri dürfe und könne kein Vertrag sui generis sein?[3])

Diese Forderung wird auch durch folgende Erwägungen unterstützt. Das Schiedsrichterinstitut hat in Bezug auf seine Aufgabe im Lauf der Zeiten eine Wandlung erfahren: seine Aufgabe ist nicht mehr, gewissen ideellen Interessen zu dienen, die nur vereinzelt auftraten und aus den Bedürfnissen der Friedensliebe hervorgingen, sondern es soll allgemeine Bedürfnisse des Verkehrs und des Rechtslebens befriedigen. Hieraus ergeben sich zwei wichtige Folgerungen:

Solange nur die Befriedigung vereinzelter Bedürfnisse in Frage stand und der Schiedsrichter nur unter Freunden zu intervenieren hatte, waren besondere Bestimmungen für den Fall, dass es bei der Wahl der Schiedsrichter zu Konflikten kommen sollte, nicht erforderlich, dass unter den im übrigen befreundeten Parteien der richtige Ausweg von selbst zustande kommen würde.

Von grösserer Wichtigkeit ist jedoch die Frage, ob man von dem in der streitigen Angelegenheit intervenierenden Schiedsrichter einen besonderen förmlichen Vertrag, in welchem er sich zur Austragung des Rechtsstreits verpflichtet, fordern darf. Obwohl das römische Recht zur Entstehung einer Verpflichtung in der Regel einen förmlichen Vertrag forderte, so hat es doch in Würdigung des amikalen Charakters der ganzen Einrichtung beim Schiedsrichter schon mit der formlosen Uebernahme der Entscheidung des Parteistreits eine Verpflichtung entstehen lassen. Heute jedoch, wo das compromissum nicht lediglich unter Freunden vorkommt, sondern von seiner amikalen Natur viel eingebüsst hat, wo das Schiedsgericht eine Einrichtung des Verkehrs geworden ist, heute ist die Gesetzgebung nicht mehr zu der Annahme berechtigt, dass die Kontrahenten bei

---

hebung von Rechten, sondern neben den Aktionen unter der Geltendmachung von Rechten behandele."

[1]) Endemann a. a. O. S. 908 N. 10. Motive II B. G. B. S. 516.

[2]) Planck a. a. O. S. 327.

[3]) Ebenso Seuffert a. a. O. (10. A.) S. 756.

Differenzen allein die richtige Lösung finden werden. Die Frage, ob von dem Schiedsrichter ein besonderer Vertrag verlangt werden kann, muss also bejaht werden.

Wenn nun noch das deutschrechtliche Prinzip der allgemeinen Gültigkeit der Verträge herangezogen werden darf, so soll zwar nicht verkannt werden, dass dieses Prinzip an sich zunächst nichts weiter bedeutet, als eine Beseitigung des Unterschiedes zwischen den Kontraktsformen des römischen Rechts, in der Weise, dass nunmehr auch der einfache Vertrag, wie die römische stipulatio, eine Klage erzeugt; es soll ferner nicht verkannt werden, dass der genannte Grundsatz nicht die Folgerung zulässt, jedem beliebigen Vertrage wohne nunmehr ohne weiteres rechtliche Existenz inne: aber der Inhalt des receptum arbitri stellt ein solch schutzwürdiges Interesse dar, dass man das receptum über seine bestimmte materiellrechtliche römische Prägung hinausheben und ihm die Bedeutung eines vollgiltigen Vertrages beilegen muss.

Wie bei dem Trödel- und Garantievertrage ein Vertragsschuldner vorhanden ist, — zwei Verträge, denen ebenso wie den im B. G. B. ausdrücklich geregelten Verträgen volle Rechtsverbindlichkeit zukommt —, so hat auch das receptum arbitri seinen Vertragsschuldner: der Schiedsrichter schuldet den Parteien die Abgabe eines Schiedsspruchs als höchstpersönliche Leistung. Wollte man dem receptum keine Vertragsnatur bewilligen, so wäre das eine unerklärliche Einschränkung deutscher Vertragsfreiheit; die gesetzliche Zulässigkeit steht ausser allem Zweifel; die Unzulässigkeit ist nirgends ausgesprochen.

---

2. Abschnitt.

Die Haftung des Schiedsrichters je nach der rechtlichen Natur des receptum.

I. Kontraktliche Haftung.

Aus der Natur des receptum als eines obligatorischen Vertrages ergibt sich von selbst die kontraktliche Haftung des Schiedsrichters für den von ihm einer Partei, insbesondere durch Abgabe eines unrichtigen Schiedsspruches, zugefügten Schaden. „Die Regel ist, dass aus einem Schuldverhältnis der Anspruch auf die zugesagte Leistung erwächst (§§ 241, 242 B. G. B.), und dabei muss es, wo nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, bewenden," sagt eine Reichsgerichtsentscheidung (59, 248) nach Feststellung des — wenn auch

eigenartigen — Vertragscharakters des receptum. Wir fügen hinzu: der Anspruch geht nicht nur auf die zugesagte Leistung als solche, sondern auch auf ein vertragsmässiges Bewirken der Leistung. Wo das Gesetz für den nicht besonders geregelten Vertrag eine besondere Haftung nicht angegeben hat, ergibt sich die kontraktliche Haftung, wenn im Vertrage selbst nicht ausdrücklich diese oder jene bestimmte Eigenschaft der Leistung ausbedungen oder zugesichert ist, aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, auf welche die eben zitierte reichsgerichtliche Entscheidung schon hingewiesen hat. So können wir mit Seuffert[1]) sagen: „Auf Grund des Vertrages hat der Schiedsrichter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 B. G. B."

Für das vertragsmässige Bewirken der Leistung ist zu beachten: „Dasjenige, was den Inhalt des Vertragswillens ausmacht, ist materieller Vertragsinhalt und gehört dem materiellen Rechte an, ist nach den Regeln des materiellen Rechts zu beurteilen." [2]) „Hatten die Parteien daher nicht etwa selbst eine Vereinbarung über die Form des Vertrages getroffen, wird im allgemeinen von der Voraussetzung ausgegangen werden müssen, dass dieselben alles dem pflichtgemässen Ermessen des Schiedsgerichts anheimgestellt und also dem letzteren namentlich freie Hand gelassen, wie und welcher Weise es die Unterlagen für den zu fällenden Schiedsspruch gewinne und welche Unterlagen es zu solchem für erforderlich erachten wolle. Eben deshalb wird von einer groben Fahrlässigkeit des Schiedsrichters in der Regel nur dann die Rede sein können, wenn derselbe nicht nach pflichtmässigem Ermessen, sondern nach reiner Willkür verfahren, also insbesondere, wenn von ihm ohne alle Unterlagen entschieden worden ist." [3])

Wenn die Parteien sich freiwillig dem Spruche des Schiedsrichters unterwerfen wollen, so haben sie damit dem Verdachte, dass sie wider besseres Wissen einen unrechten Anspruch durchsetzen wollen, den Boden entzogen. Aber die Parteien erwarten dann auch von dem Schiedsrichter eine Entscheidung nach Recht und Billigkeit, ein arbitrium boni viri. Die Stellung des arbiter ist zwar eine Vertrauensstellung; allein die Parteien unterwerfen sich diesem Vertrauen nicht nur subjektiv, sie unterwerfen ihm auch ihre objektive Rechtssache.[4]) Dass die Parteien von dem Schiedsrichter soviel

---

[1]) a. a. O. S. 757 oben. Uebereinst. Schulte-Westhoff S. 92.
[2]) R. G. 10. 11. 81 in Seuff. A. 38, 158.
[3]) Seuff. A. 25, 107.
[4]) Gruchot 31, 521 N. 189.

Kenntnis des materiellen Rechts verlangen dürfen, dass er wissen müsste, Vorsatz und Fahrlässigkeit vertreten zu müssen, ist nicht angängig. Der Schiedsrichter ist heute so wenig wie nach römischem Rechte an die Vorschriften des materiellen Rechts gebunden. Er kann daher nach freiem Ermessen seine Entscheidung treffen; aber dieses freie Ermessen ist den Parteien nicht so sehr suprema lex, dass diese Ungebundenheit des Schiedsrichters eine Sanktion der Willkür bedeutete. Er hat gerade deswegen ex aequo et bono zu entscheiden und dazu die ihm gebotenen Unterlagen sorgfältig zu benutzen. Als amiable compositeur[1]) muss er durch seine Entscheidung den wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses, wie es den konkreten Umständen und individuellen Interessen der Parteien angemessen ist, zum Ausdruck bringen, sodass seine Entscheidung sozusagen als Wille der Parteien dasteht.[2])

Das receptum als Vertrag ergibt als weitere Folge der kontraktlichen Haftung auch die Verpflichtung des Schiedsrichters zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[3])

Wie der Schiedsspruch als Vertragsleistung beschaffen sein muss? Durch den Abschluss des receptum als Vertrages werden in den Kontrahenten, vor allem in den Schiedsparteien bestimmte Erwartungen hervorgerufen; der Vertrag soll nicht nur die ausdrücklich übernommenen Verpflichtungen gewährleisten, sondern auch die Erfüllung aller berechtigten Erwartungen garantieren. Darin besteht gerade der tiefere Grund der kontraktlichen Haftung. Sicher ist, dass die Parteien im receptum auf Schadensersatzansprüche gegen den Schiedsrichter nicht von vornherein verzichtet haben. Deshalb kann auch die Ansicht des R. G.,[4]) welches auf Grund anderer Erwägungen den Schiedsrichter nur für Vorsatz haften lassen will, es sei, „ohne weiteres davon auszugehen, dass die Parteien selbst da, wo ihnen nicht das massgebende Landesrecht eine andere Auffassung an die Hand gibt, nicht an ein höheres Mass der Verantwortlichkeit denken", nicht gebilligt werden.[5])

In den gewöhnlichen Verträgen privatrechtlicher Natur beabsichtigen die Kontrahenten eine individuell bestimmte Wirkung, die zwar nicht immer genau nach Art und Umfang umgrenzt ist, aber sich aus objektiven Momenten bemessen lässt. In der Erwägung, dass das receptum eine rein privat-

---

[1]) So nennt ihn der belgische Entwurf zur C. P. O.

[2]) v. d. Hagen a. a. O. S. 448 ff.

[3]) Die ungebührliche Verzögerung der Pflichterfüllung ist Ablehnungsgrund, §§ 1032, 1033 C. P. O.

[4]) R. G. 41, 256

[5]) vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen bei Schulte-Westhoff a. a. O. S. 96, 97. A. M. Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 8. 2. 1907.

rechtliche Obligation darstellt, fragen wir: bei dem receptum nicht? Sicherlich wollen die Parteien im receptum nicht die Wirkung beabsichtigen, dass im gewissen Sinne ein Machtverhältnis begründet werde, wie es zwischen dem staatlichen Richter und den Prozessparteien besteht. Das wäre weder ein privatrechtlicher Vertrag, noch könnte ein solches Machtverhältnis durch privatrechtlichen Vertrag begründet werden. Es verträgt sich auch gar nicht mit der Natur der Sache, dass die Parteien sich mit jeder Sentenz zufrieden geben, möge sie aussehen, wie sie wolle.[1])

Zwischen Schiedsrichter und Parteien liegen offenbar und ausschliesslich privatrechtliche Beziehungen vor, sodass man, wie Averdieck[2]) will, gar nicht auf den Gedanken kommen kann, die Vertragsbasis aufzugeben. Die kontraktliche Haftung des Schiedsrichters für omnis culpa ist die prinzipale. Dieses Resultat kann allein befriedigen; es entspricht dem Rechtsempfinden der Parteien. Diese Haftung setzen die Parteien voraus als Aequivalent nicht nur für das Vertrauen, welches sie ihm entgegengebracht, sondern auch gegenüber der Vergütung, die sie ihm für den Schiedspruch, seine Vertragsleistung, zugesichert haben.

Wir werden noch sehen, dass die kontraktliche Haftung unersetzlich ist.

II. Deliktische Haftung.

1. Allgemeine (§ 823 B. G. B.).

Der Annahme einer deliktischen Haftung des Schiedsrichters steht auf den ersten Blick die Vertragsnatur des receptum entgegen. Um bezüglich der sich hieraus ergebenden Frage, ob wegen des kontraktlichen Verschuldens des Schiedsrichters eine ausserkontraktliche Inanspruchnahme wegen Schadensersatzes ausgeschlossen sei, zu einem Resultate zu kommen, muss zunächst untersucht werden, ob die Verletzung einer Vertragspflicht eine unerlaubte Handlung im Sinne des B. G. B. sein kann.

Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsnormen des 25. Titels der Schuldverhältnisse über unerlaubte Handlungen grundsätzlich subsidiäre Natur haben. Daher kann es keinem

---

[1]) Altenrath a. a. O. S. 11 spricht bei der Erörterung des sententia stari treffend von einem von den Parteien ausgestellten Blankett, welches der Schiedsrichter nach Belieben ausfüllen könne.

[2]) a. a. O. S. 16.

Zweifel unterliegen, dass im Sinne des B. G. B. vorsätzliche wie fahrlässige Verletzung einer vertragsmässigen Verpflichtung als solche, d. h. Nichterfüllung und vertragswidrige Erfüllung, nicht als unerlaubte Handlung angesehen werden darf. Denn richtiger Ansicht nach hat das Gesetz unter den „sonstigen Rechten" des § 823 B. G. B. die obligatorischen nicht mit einbegriffen.[1]) Es kann also keine Rede davon sein, dass jedes obligationswidrige, schuldhafte Verhalten des Vertragsschuldners eine Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung begründet. Dementsprechend kommen nur die ausserkontraktlichen Handlungen in Betracht; ein rechtswidriges Verhalten bei Begründung und Erfüllung von vertragsmässigen Schuldverpflichtungen macht schadensersatzpflichtig nach den für das einzelne Schuldverhältnis geltenden besonderen Normen.[2])

Soweit man in dem Verhalten des Schiedsrichters nur die einfache Vertragsverletzung als solche sieht, können die für die Deliktsobligationen geltenden Rechtssätze keine Anwendung finden. Wenn ein Delikt vorliegen soll, so muss das Verhalten des Schiedsrichters gewissen Voraussetzungen genügen: die Haftung tritt nur ein, wenn durch einen schuldhaften, rechtswidrigen[3]) Eingriff in geschützte Rechtsgüter eines anderen ein Vermögensschaden eingetreten ist, der mit dem schuldhaften, rechtswidrigen Eingriff in ursächlichem Zusammenhange steht.

Die Frage, ob die Verletzung einer Vertragsverpflichtung widerrechtlich, d. h. eine unerlaubte Handlung sein kann, ist überaus bestritten. Es sind drei Möglichkeiten vorhanden, das Verhältnis einer Vertragsverletzung zur unerlaubten Handlung zu kennzeichnen:

I. Die eine Ansicht ist die, dass man sagt: die schuldhafte Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ist nie „widerrechtlich". Es kann immer nur der Anspruch aus dem Vertragsrecht zur Entstehung gelangen; die Regeln des Delikts-

---

[1]) vgl. Motive S. 727. Cosack a. a. O. § 163 I 2c. Endemann a. a. O. § 200 Anm. 10.

[2]) vgl. Endemann a. a. O. S. 907 N. 3. (4. A.).

[3]) Dass der Begriff „widerrechtlich" in § 823 ein objektiver und von dem subjektiven Schuldmomente streng zu scheiden ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Allgemein mag nur erwähnt werden, dass, obwohl das B. G. B. hier wie an anderen Stellen (z. B. §§ 123, 227, 228, 229, 231, 823 Abs. 1, 831, 832, 858) die Widerrechtlichkeit als Tatbestandsmerkmal anführt, damit nicht eine selbständige Voraussetzung der Haftung gemeint ist, die besonders zu beweisen wäre. „Die Widerrechtlichkeit ergibt sich vielmehr bereits aus dem Eingriff in ein befriedetes Rechtsgut; der Rechtsschutz eines vollzogenen Tatbestandes enthält in sich das Verbot und die Widerrechtlichkeit jedes Eingriffs." (Endemann a. a. O. S. 426.)

rechts sind nicht anwendbar. Diese früher besonders von Endemann (4. A. § 200 Anm. 4) vertretene Ansicht ist abzulehnen. Sie entbehrt der inneren wie äusseren Begründung. Sie lässt sich nicht aus rechtshistorischer Entwicklung herleiten; die oben zitierte Stelle aus den Motiven spricht nur von der einfachen Vertragsverletzung als solcher; sie muss zu einem Ergebnis führen, welches sich als eine unter Umständen ganz unbillige Haftungsminderung des Schädigers darstellen muss: demnach könnte, wie von Liszt ausführt, die innerhalb eines Vertragsverhältnisses vorgenommene Verletzung oder Tötung eines Menschen nur eine kontraktliche Haftung herbeiführen. „Der Vertrag", sagt Oertmann, „bietet dem Schädiger doch bestenfalls die äussere Gelegenheit, eine mit dem besonderen Verhältnis innerlich in keiner Weise zusammenhängende, schon an sich unerlaubte Handlung vorzunehmen." [1])

Es kann nicht geleugnet werden: wer nur anlässlich eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses eine an sich deliktische Handlung vornimmt, den trifft auch eine Verantwortung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

II. Die zweite, weitaus verbreitetste Ansicht geht dahin, dass man die Regeln des Vertragsanspruchs neben denen der unerlaubten Handlung zur Anwendung kommen lässt. Diese Ansicht will Oertmann mit Recht eingeschränkt wissen. Wenn nämlich die Entstehung des Schadens nicht, wie oben, nur äusserlich, sondern innerlich mit dem bestehenden Vertragsverhältnisse zusammenhängt, dieses also dazu „nicht nur die äussere Gelegenheit bietet, sondern jene gerade in und mit seiner Entwicklung und Durchführung verbunden ist, und nur durch ungenügende Sorgfaltsanwendung bei Vornahme der vertragsmässigen Berechtigung oder Verpflichtung geschah," dann schliessen die Vorschriften über die kontraktliche Haftung die Anwendbarkeit der Grundsätze für die ausserkontraktliche Haftung aus. Unter den Tatbeständen, die zum Schadensersatz verpflichten, wird also die kontraktliche Haftung als besondere ausgeschieden und der ausserkontraktlichen als der allgemeinen Haftungsart gegenübergestellt (vgl. Zeitschrift für Handelsrecht 57, 447 ff.); es liegt hier das Verhältnis der lex specialis zur lex generalis vor. „Hier überwindet die besondere Rechtsbeziehung die allgemeine Betrachtung: das Verhältnis ist nach Vertragsregeln zu beurteilen . . . . . ." [2])

Dies zeigt sich, wie Oertmann ausführt, „besonders in den Fällen, wenn der Vertrag erst besondere Pflichten auslöste,

---

[1]) a. a. O. S. 1051.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 1052.

die ohnedies nicht bestanden hätten, deren Verletzung daher gar keine „unerlaubte“ Handlung darstellen könnte.“ Der hier dargelegte Standpunkt darf aber nicht zu der Auffassung verleiten, als sei schon durch das blosse Bestehen eines obligatorischen Verhältnisses zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten die Möglichkeit einer ausserkontraktlichen Haftung ausgeschlossen; vielmehr erheischt die Feststellung, wo die kontraktliche Haftung aufhört und wo die ausserkontraktliche beginnt, eine genaue Untersuchung des Geltungsgebietes der lex specialis, insbesondere hinsichtlich ihres Zweckes. In diesem Sinne sagt Titze: „Ueberall, wo der vom Schuldner angerichtete Schaden mit dem Inhalt und dem Zweck der Obligationen in einem gewissen, regelmässigen Kausalzusammenhange steht, tritt kontraktliche, andernfalls ausserkontraktliche Haftung ein.“ [1])

III. Die dritte Möglichkeit endlich wäre die, dass unter Umständen eine Handlung des Schuldners, abgesehen von ihrer Obligationswidrigkeit, gleichzeitig den selbständigen Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen könne: die Handlung wird zwar in Ausführung der vertragsmässig übernommenen Pflichten oder begründeten Rechte vollzogen, stellt aber daneben doch den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung dar. Hieraus folgt dann, dass der Schuldner sowohl kontraktlich wie ausserkontraktlich zu haften hätte.[2])

Wenn wir das Ergebnis dieser prinzipiellen Untersuchung, dass nämlich die Verletzung einer Vertragspflicht, die zugleich, von der Vertragsverletzung abgesehen, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, unter Umständen auch einen Deliktsanspruch erzeugt, auf den Schiedsrichter anwenden, so wird der Fall I zu Gunsten des Falles II ausgeschieden werden müssen; denn es liegt in der Natur der Sache, dass die Schadensverursachung durch den Schiedsspruch in aller Regel nicht nur äusserlich mit dem receptum zusammenhängt, sondern dass der Schiedsrichter den Schaden „gerade bei Durchführung des Vertragsverhältnisses und durch ungenügende Sorgfaltsanwendung bei Vornahme der vertragsmässigen Verpflichtung“ der Partei zufügen wird. Da in diesem Falle die Vorschriften über die kontraktliche Haftung die über die ausserkontraktliche ausschliessen, so kann schon hiernach kein Deliktsanspruch gegen den Schiedsrichter gegeben sein.

So wäre noch die unter III erörterte Möglichkeit zu berücksichtigen, wo die schädigende Handlung zwar in Ausführung

---

[1]) Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 75, S. 447.

[2]) Es würde zu weit führen, auf die Frage nach einer sich hieraus ergebenden Konkurrenz näher einzugehen.

der vertragsmässig übernommenen Pflichten vollzogen wird, aber daneben doch den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung darstellt.

Die Erwägung aber, dass der von einer Partei in Anspruch genommene Schiedsrichter durch seinen unrichtigen Schiedsspruch in den weitaus meisten Fällen einen allgemeinen Vermögensschaden verursacht haben wird, während die Verletzung eines bestimmten in den Deliktstatbeständen geschützten Rechtsgutes kaum vorkommen dürfte, nötigt zu der Prüfung, ob das Vermögen ein im Sinne des § 823 B. G. B. geschütztes Rechtsgut ist, wenn der Schadensersatzanspruch der Partei hierauf gestützt wird. Im § 823 ist jedoch das Vermögen als solches nicht erwähnt. Daraus geht hervor, dass nicht jede beliebige Schadenszufügung, sondern nur die, welche durch eine Rechtsverletzung eingetreten ist, ersatzpflichtig macht: nur dann ist nach Absatz I die Schadenszufügung eine unerlaubte Handlung. § 823 Abs. 1 verlangt die Verletzung eines subjektiven Rechts; am Vermögen als solchem lässt sich aber ein spezielles subjektives Recht, welches neben dem subjektiven Recht an den einzelnen Vermögensstücken bestände, nicht nachweisen. Das Vermögen ist kein Recht im Sinne des Abs. 1; wollte man das Gegenteil annehmen, so wären die Bestimmungen des Abs. 2 und des § 826 B. G. B. gegenstandslos.[1]) Die Partei wird daher einen Schadensersatzanspruch nicht auf Beschädigung ihres Vermögens, sondern nur auf die Verletzung eines zu ihrem Vermögen gehörenden Rechts gründen können.[2])

Wenn die Klagebehauptungen der Schiedspartei, nach welchen der Schiedsrichter durch seinen Schiedsspruch Forderungen ihr nicht zuerkannt habe, die ihr hätten zuerkannt werden müssen, als richtig unterstellt werden sollen, so würde der Betrag also, um welchen die klagende Schiedspartei durch Verschulden des Schiedsrichters zu kurz gekommen ist, im ordentlichen Prozesswege ihr zugesprochen werden müssen. Wenn der Schiedsrichter nun als Dritter — nicht als Vertragsschuldner — ein obligatorisches Recht der Partei verletzt haben soll, so muss dieser ein solches zur Zeit der Abgabe des unrichtigen Schiedsspruchs zugestanden haben. In diesem Falle würde die Vermögensbeschädigung in der Vernichtung dieses obligatorischen Rechts bestehen.

---

[1]) Planck a. a. O. S. 971. Oertmann a. a. O. S. 1061.

[2]) Crome a. a. O. S. 1020. Die Ansicht von Liszts a. a. O. S. 20, 26, der unter den sonstigen Rechten des § 823 alle durch das Privatrecht (Reichs- oder Landesrecht) anerkannten und geschützten Rechte versteht, muss als zu weitgehend abgelehnt werden.

Die Forderungen, die der gegen den Schiedsrichter auf Schadensersatz klagenden Partei gegen die andere zugestanden, hat der Schiedsspruch vernichtet, da dieser unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Von diesem Augenblick ab sind sie keine Forderungen im Rechtssinne mehr; denn nach § 241 B. G. B. ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen: mit Abgabe des Schiedsspruchs ist die obsiegende Partei nicht mehr Schuldnerin der abgewiesenen. Der Schiedsspruch ist zwar materiell unrichtig; aber die wirkliche Rechtslage muss hier, wie bei dem materiell unrichtigen, rechtskräftigen Urteil, dem Inhalte der Entscheidung weichen.

Aber die Verletzung eines obligatorischen Rechts durch einen Dritten darf nicht als unerlaubte Handlung aufgefasst werden: das ergibt sich aus dem Wesen des Forderungsrechtes, kraft dessen eine bestimmte Person als Gläubigerin von einer anderen bestimmten Person als Schuldnerin eine Leistung verlangen kann; ein Dritter kann auf das Forderungsrecht als solches nicht einwirken: obligatorische Rechte gehören nicht zu den sonstigen Rechten des § 823. Die Behauptung, dass ein Dritter überhaupt imstande sei, das lediglich zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpfte unsichtbare juris vinculum der Obligation zu verletzen, muss entschieden bestritten werden. Man kann wohl die Person des Gläubigers, die Person des Schuldners, den geschuldeten Gegenstand verletzen, aber nie das unkörperliche Band des Schuldverhältnisses selbst.[1])

Der Absatz 1 des § 823 wird also schwerlich für die Schadenshaftung des Schiedsrichters in Frage kommen können.

Wenn der Absatz 2 den Schadensersatzanspruch rechtfertigen soll, so muss zunächst das Schutzgesetz gesucht werden, durch dessen Verletzung der Schaden verursacht worden ist. Wir können es uns sparen, auf die verschiedenen Ansichten über das Schutzgesetz näher uns auszulassen.[2]) Immerhin muss aber ein solches Schutzgesetz vorhanden sein. Wenn man aber bedenkt, dass zwischen Schiedsrichter und Parteien in aller Regel nur von einer allgemeinen Vermögensbeschädigung die Rede sein wird, so kann auch Absatz 2 dem Schadensersatzanspruch gegen den Schiedsrichter keine Grundlage geben; denn wenn es auch Gesetze gibt, die den Schutz

---

[1]) So die herrschende Meinung. Z. B. Endemann a. a. O. § 200 Anm. 10. Oertmann a. a. O. S. S. 1059. Planck a. a. O. S. 973. Crome a. a. O. S. 1021. Dernburg II S. 615. R. G. 53, 201; 57, 354; 59, 327.

[2]) vgl. von Liszt; Oertmann a. a. O. S. 1062. Cosack I. S. 593. Planck a. a. O. S. 981 ff. Staudinger a. a. O. S. 1607.

der allgemeinen Vermögenslage bezwecken[1]), so ist hier doch kein solches Schutzgesetz erfindlich.

Für die Frage, ob der Schadensersatzanspruch gegen den Schiedsrichter auch als Deliktsanspruch begründet erscheinen könne, muss man zu einem im wesentlichen negativen Resultate gelangen. Als Ergebnis in dieser Hinsicht konnte im Prinzip zwar festgestellt werden, dass die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich eine unerlaubte Handlung sein kann; aber das schädigende Verhalten des Schiedsrichters wird so sehr mit der Durchführung des Vertragsverhältnisses, des receptum, verbunden sein und so sehr in der mangelnden Sorgfaltsanwendung bei Vornahme der vertragsmässig übernommenen Verpflichtung bestehen, dass die aus den obligatorischen Beziehungen des Schiedsrichters zu den Parteien sich ergebende Haftung eine Deliktshaftung ausschliessen wird; dazu wird eine deliktische Schadenshaftung des Schiedsrichters aus dem Grunde nicht gegeben sein, weil dem B. G. B. ein allgemeiner Ersatzanspruch wegen schuldhafter Vermögensbeschädigung fremd ist.

2. Deliktische Haftung mit Rücksicht auf § 839 B. G. B.

Ausgehend von der Tatsache, dass der Schiedsrichter gleich dem Spruchrichter Rechtsstreite zu entscheiden habe, dass er infolgedessen die gleiche Tätigkeit entwickle, und andren Erwägungen, haben einige auch den § 839 B. G. B. für die Schiedsrichterhaftung in Betracht gezogen.

a) Reine Analogie des § 839 B. G. B.

§ 839 B. G. B. ist sedes materiae der zivilrechtlichen Beamtenhaftung. Die unbestrittene Tatsache, dass der Schiedsrichter kein Beamter im Sinne des § 839 ist, schliesst jede direkte Anwendung dieser Vorschrift auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Schiedsrichters ohne weiteres aus.

Dazu kommt aber noch, dass in § 839 von einer ausserkontraktlichen Haftung die Rede ist. Die festgestellte Vertragsnatur des receptum lässt daher eine direkte Anwendung des § 839 nicht zu.

Nur denjenigen, welche kein Vertragsverhältnis zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien annehmen und deshalb den Schiedsrichter nur ausserkontraktlich haften lassen wollen, könnte man eine analoge Anwendung des § 839 zugeben, da

---

[1]) z. B. § 263 des Strafgesetzbuchs.

auch hier von einer ausserkontraktlichen Haftung die Rede ist. Noch durch einen andern Umstand könnte man sich veranlasst sehen, eine Haftung des Schiedsrichters unter Berücksichtigung des § 839 in Erwägung zu ziehen, wenn man von anderen Voraussetzungen dieses § zunächst Abstand nimmt. § 839 berücksichtigt sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit. Ist aber der Schaden fahrlässiger Weise verursacht worden, so hat der Beschädigte nur dann gegen den Schädiger einen Ersatzanspruch, wenn er auf andere Weise keinen Ersatz erlangen kann: dies wird auf die gegen den Schiedsrichter klagende Partei fast immer insofern zutreffen, als der materiell unrichtige Schiedsspruch deswegen nicht anfechtbar ist.

Aber auch der analogen Anwendung des § 839 (Abs. 2) steht das Fehlen der Beamteneigenschaft des Schiedsrichters entgegen. Allerdings weisen manche Umstände — die Behandlung des schiedsrichterlichen Verfahrens in der C. P. O., die Gleichheit der Gründe für die Ablehnung und für die Restitutionsklage; die Gleichstellung des Schiedsrichters mit dem Spruchrichter in § 334, mit dem Beamten überhaupt in § 336 des Strafgesetzbuches — auf einen Vergleich des Schiedsrichters mit dem Spruchrichter hin; aber diese Umstände sind nicht fähig, dem Schiedsrichter die Eigenschaft zu geben, die für den Spruchrichter wesentlich ist: die Beamtenqualität. Dem Schiedsrichter fehlt das öffentlichrechtliche Moment, welches für die Beamtenhaftung des Spruchrichters die Grundlage bildet. Der Schiedsrichter ist vi contractus, wird tätig vermöge seines Vertragsverhältnisses zu den Parteien; beim Spruchrichter bedarf es keines besonderen Verpflichtungsaktes; hinter ihm steht die Autorität des Staates. Mit der sententia des arbiter hört dessen „Amt“ auf, nicht dagegen beim Spruchrichter. Der Schiedsspruch hat Wirkung nur unter den Parteien; dass er nach § 1040 C. P. O. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat, — gerade dadurch wird er ausdrücklich dem rechtskräftigen Urteil nicht gleich-, sondern entgegengestellt; zwischen Schiedsspruch und Urteil besteht lediglich eine faktische Aehnlichkeit; eine innere Verwandtschaft fehlt; die Schiedsgerichtsentscheidung ist ein autoritätsloser Akt.

Entsprechend diesen Unterschieden ist auch die Stellung der Parteien vor dem Schiedsrichter gänzlich von der vor dem staatlichen Richter verschieden. Vor dem Schiedsrichter findet kein Prozess statt. Hinsichtlich seiner Tätigkeit hat er mit dem Staate nichts zu tun. Wie er kein Beamter ist, so kann er mit Rücksicht auf die Art, wie er zu den Parteien in Beziehung getreten ist, auch kein „Amt“ innehaben. Der Schiedsrichter übt keine öffentlichrechtliche Tätigkeit aus —

das muss besonders gegen Averdieck[1]) behauptet werden —; die Parteien denken garnicht daran, in dem Schiedsrichter einen eigentlichen Richter zu sehen. Der Abs. 2 des § 839 begreift die richterlichen Privatpersonen, d. h. die nichtbeamteten, aber doch gewissermassen eine. Richterstelle innehabenden Privatpersonen, nicht in sich. Das ist unzweifelhaft.[2]) Aber man kann mit den Schöffen, Geschworenen und Handelsrichtern nicht auch den Schiedsrichter dazu rechnen. Jenen mag bezüglich ihrer Haftung eine gleiche Behandlung wie dem ordentlichen Richter zukommen, da sie wirklich ein Richteramt ausüben und dabei auch zum Staate in gewisse Beziehungen treten; dieser dagegen ist weder Richter noch hat er ein Amt inne und verdient daher jenes Privileg nicht. Ob daher auch in Bezug auf den Schiedsrichter von einer Lücke im Gesetz gesprochen werden kann, ist sehr fraglich.

Das Fehlen der Beamtenqualität lässt jede direkte wie analoge Anwendung des § 839 B. G. B. für die Schiedsrichterhaftung als ausgeschlossen erscheinen.[3])

b) Haftung nach § 839 B. G. B, aber auf kontraktlicher Grundlage.

Seuffert[4]) zieht aus der Vertragsnatur des receptum die Folgerung: „Auf Grund des Vertrages hat der Schiedsrichter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (arg. B. G. B. § 276). In Ansehung des Schiedsspruchs dürfte jedoch die Verantwortlichkeit des Schiedsrichters nach Analogie des B. G. B. § 839 Abs. 2 Satz 1 zu beschränken sein, da der Schiedsrichter die gleiche Tätigkeit wie ein Richterbeamter ausübt und auch in strafrechtlicher Beziehung dem Richterbeamten gleichgestellt ist (Str. G. B. § 334, 336.“[5])

Seuffert stellt also die kontraktliche Haftung nach § 276 B. G. B. als die prinzipielle und allgemeine hin, will aber und nur hinsichtlich des Schiedsspruchs diese eben festgestellte kontraktliche Haftung nach Analogie des § 839 B. G. B. eingeschränkt wissen. Dies kann nicht gebilligt werden.

Zunächst steht, wie schon ausgeführt, das Fehlen der Beamtenqualität einer analogen Anwendung des § 839 entgegen. Dazu kommt aber noch, dass § 839 von einer ausserkontraktlichen Haftung spricht: es muss als bedenklich be-

---

[1]) a. a. O. S. 62.
[2]) Averdieck a. a. O. S 64 ff. Meltz a. a. O. S. 70 ff. Hüssener a. a. O. S. 30 ff.
[3]) Ebenso Schulte-Westhoff S. 96.
[4]) a. a. O. S. 756, 757.
[5]) Im Resultat übereinstimmend Neutze a. a. O. S. 52—55.

zeichnet werden, die kontraktliche Haftung durch Normen über die ausserkontraktliche Haftung beeinflussen zu lassen. Aus positiven gesetzlichen Bestimmungen kann eine Beschränkung der Haftung des Schiedsrichters nicht entnommen werden. Die Begründung, welche Seuffert gibt, kann nicht hinreichend genannt werden. Eine Gleichheit der Tätigkeit kann nur hinsichtlich des Zwecks erblickt werden, der in der Entscheidung eines Rechsstreits besteht. In Bezug auf das „wie" der Tätigkeit liegt grundsätzliche Verschiedenheit vor. Das Strafgesetzbuch (§§ 334, 336) behandelt Schiedsrichter und Spruchrichter nur bei Vorsatz gleichermassen; im übrigen ist der Schiedsrichter nach dem Strafgesetzbuch weder ein Beamter im Sinne des § 359, noch bekleidet er ein öffentliches Amt im Sinne des § 31.

Dazu soll nach Seuffert diese Beschränkung der Haftung wiederum auf den Schiedsspruch beschränkt werden. Wenn daraus geschlossen werden muss, dass der Schiedsrichter sonst, d. h. abgesehen von dem Schiedsspruch, unbeschränkt und zwar kontraktlich haften soll, so ist die Berechtigung dieser immerhin willkürlichen Trennung — wenn sie sachlich überhaupt möglich ist — doch zu bezweifeln.

Es ist vielmehr zu bedenken: auf kontraktlicher Grundlage darf keine Haftung eintreten, die keine kontraktliche ist. Ein Verhalten erzeugt einen Schadensersatzanspruch entweder nur aus Vertrag oder nur aus Delikt oder aus Vertrag und Delikt in Konkurrenz dieser beiden Gründe; eine Haftung aber, welche zum Teil aus kontraktlichen, zum Teil aus ausserkontraktlichen Elementen zusammenkonstruiert wird, ist ein juristisches Unding.

Seuffert steht mit seiner Ansicht nicht allein. Auch Delius[1]) geht von dem receptum als Vertrag aus, lässt aber den Schiedsrichter nach Massgabe des § 839 B. G. B. wie den Spruchrichter nur beschränkt haften, ohne den Umstand zu berücksichtigen, dass der Schiedsrichter kein Beamter ist, und ohne sich darüber auszusprechen, warum die kontraktliche Haftung aus dem receptum ausgeschlossen sein soll. Nur darin geht Delius noch weiter als Seuffert, dass er die beschränkte Haftung des Schiedsrichters allgemein fordert und nicht, wie Seuffert, lediglich in Ansehung des Schiedsspruchs. Er lehnt sich dabei an eine reichsgerichtliche Entscheidung in eadem causa an, deren Ergebnisse er ohne jegliche Begründung auf das neue Reichsrecht ausdehnt.

---

[1]) a. a. O. S. 78.

Auf dieser Reichsgerichtsentscheidung[1]) fussen auch die inhaltlich gleichen Ausführungen von Meltz[2]) über die Haftung des Schiedsrichters. Sie weichen von ihr und der Ansicht von Delius dadurch ab, dass das receptum nicht als Vertrag aufgefasst wird: insofern erscheint bei Meltz die ausserkontraktliche Schiedsrichterhaftung nach § 839 B. G. B. wenigstens als ein logisches Ergebnis.

Dagegen folgert das Reichsgericht, nachdem es auf Grund eines rechtshistorischen Rückblicks über die rechtliche Natur des receptum eine gewisse Eigenartigkeit seines Vertragscharakters, aber immerhin einen Vertragscharakter festgestellt hat, daraus nicht die entsprechende kontraktliche Haftung, wie es natürlich wäre, sondern es scheint infolge der Eigenartigkeit des receptum dessen Vertragsnatur beiseite zu setzen und eine analoge[3]) Anwendung der für die beschränkte Haftung des beamteten Richters massgebenden Normen für geboten zu erachten. Es betont zwar, dass die Stellung des Schiedsrichters keine öffentlichrechtliche ist, unterlässt es aber, den Schiedsrichter hinsichtlich des Fehlens der Beamtenqualität speziell dem Spruchrichter gegenüberzustellen. Es ist nicht klar zu ersehen, ob das Reichgericht nun eine kontraktliche oder ausserkontraktliche beschränkte Haftung annimmt. Es muss aber betont werden, dass abgesehen von dem Umstande, dass zwischen Schiedsrichter und Spruchrichter überdies manche andere Unterschiede bestehen — s. o. S. 77, 78 —, die Eigenart eines Vertrages die kontraktliche Haftung nicht zu unterbinden vermag; wir wiederholen: ein Vertrag, und mag er noch so eigenartig sein, ist und bleibt ein Vertrag und erzeugt als solcher nur eine kontraktliche Haftung.

Man mag berechtigt sein, den reichsgerichtlichen Entscheidungen eine gewisse Ueberzeugungskraft ihrer Gründe nachzurühmen. Ob das zitierte Erkenntnis — es datiert vom 21. März 1898 — eine auch für die Rechtslage des A. L. R. richtige Lösung gibt, mag dahingestellt bleiben. Auf keinen Fall ist es aber zulässig, wie Meltz[4]) und Averdieck[5]) richtig betonen, seine Erwägungen auf das Recht des B. G. B. auszudehnen, wie Delius[6]) und Sydow-Busch[7]) es tun, und zwar aus zwei Gründen: das receptum als Vertrag kann nicht ausser Betracht gelassen werden; sodann ist auf dem Gebiete der

---

[1]) R. G. 41, 251 ff.
[2]) a. a. O. S. 72 ff.
[3]) a. a. O. S. 257.
[4]) a. a. O. S. 73.
[5]) a. a. O. S. 69.
[6]) a. a. O. S. 78.
[7]) a. a. O. S. 867 Vorbem. 3 vor § 1025.

Syndikatsklage durch das Inkrafttreten des B. G. B. eine durchgreifende Aenderung erfolgt: die Beamtenqualität, das öffentlichrechtliche Moment, bildet die Grundlage der Beamtenhaftung. Der Begriff „Beamter“ ist in den Vordergrund getreten und hat den „Richter“ zurückgedrängt.

Neuerdings hat das Reichsgericht[1]) (3. Civilsenat; Urteil vom 8. Februar 1907) seine für das A. L. R. erlassene Entscheidung auch für das Recht des B. G. B. aufrecht erhalten. Es lehnt in dieser Entscheidung zwar richtigerweise die direkte wie die analoge Anwendung des § 839 B. G. B. auf die Schiedsrichterhaftung ab; aber es ist der Ansicht: „Gleichwohl ist die Folgerung, die den Beklagten (den Schiedsrichter) der Haftung wegen fahrlässiger Verletzung seiner Vertragspflicht enthebt, nicht abzulehnen,“ da zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter mangels eines besonderen Vorbehalts eine solche Beschränkung der Haftung stillschweigend vereinbart sei. Es wird hier also eine beschränkte kontraktliche Schiedsrichterhaftung festgestellt. Aber auch, wenn man aus dem receptum lediglich eine kontraktliche Haftung hervorgehen lassen und diese kontraktliche Haftung in Bezug auf den Schiedsspruch auf das für den Spruchrichter geltende Haftungsmass beschränken, also Haftung nur für kontraktlichen dolus annehmen will, so stehen auch dieser Konstruktion erhebliche Bedenken entgegen. Insbesondere widerspricht es der Natur der Sache, einen so ausgesprochen publicistischen Vorgang, wie es die gerichtliche Tätigkeit des Staates ist, im receptum nachbilden und obligationsrechtlich konstruieren zu wollen; die allgemeine privatrechtliche Befugnis, Verträge abschliessen zu dürfen, lässt eine solche Nachbildung und Konstruktion mit Rücksicht auf die Autorität des Staates in der Rechtsprechung nicht zu. Daher kann man auch nicht sagen, dass im receptum eine solche Haftungsbeschränkung implicite vereinbart sei.

Dieser Ansicht scheint auch Gaupp-Stein[2]) zu sein: der Vertrag, den die Parteien mit dem Schiedsrichter eingehen, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts des B. G. B. zu beurteilen.

---

[1]) R. G. 65, 176.

[2]) a. a. O. S. 899 Vorbem. III vor § 1025 Anm. 34. vgl. in der Vorbemerkung: „Die Haftung für Schadensersatz bei Verschulden untersteht nicht den für Beamte geltenden Normen, B. G. B. § 839, sondern den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts bezw. den § 823 ff. B. G. B.“ Das „bezw.“ ist nicht klar.